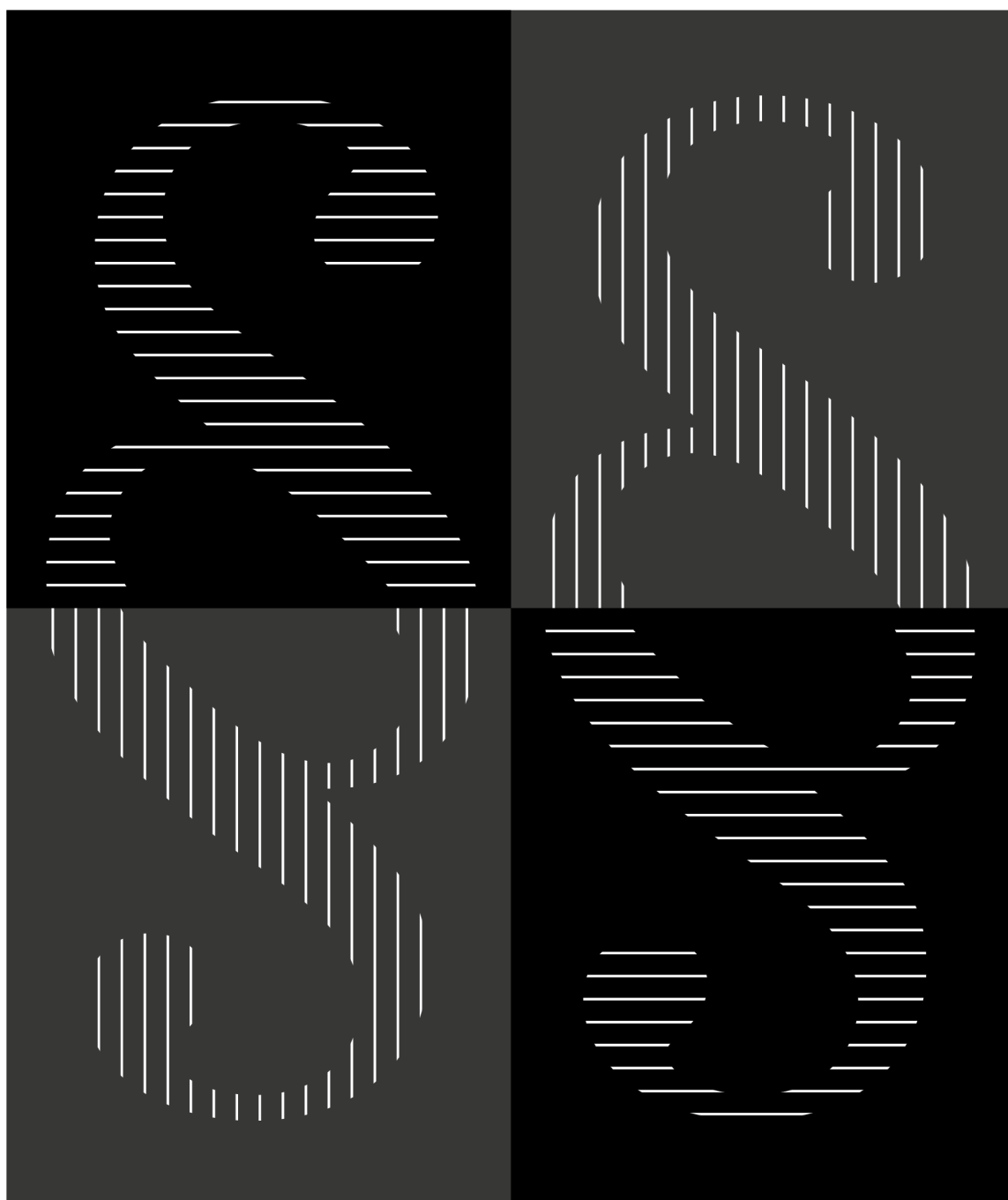


Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ

nr 4/2017 (34)

ISSN 1689-9601

| www.ipp.tbbsp.pl



Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/4

Autorzy

Igor Adamczyk, Wojciech Bańczyk, Paweł Bury, Łukasz Folak,
Patrycja Jankowska, Kamil Leśniewski, Tomasz Lichtarski,
Magdalena Michalska, Natalia Olszewska,
Michał Szymański, Paweł Śmiałek

Recenzenci

prof. dr hab. Andrzej Zakrzewski, dr Paweł Czarnecki, dr Piotr Czarny,
dr Eliza Komierzyńska-Orlińska, dr Mariusz Krawczyk,
dr Katarzyna Krzysztofek, dr Marcin Marcinko,
dr Anna Ostrowska, dr Jan Rudnicki

Skład i korekta językowa

Wydawnictwo Kasper
www.wydawnictwokasper.pl

Kolegium Redakcyjne

Marcin Biskupski, Angelika Ciżynska, mgr Paweł Dziwiński,
Tomasz Guzik, Michał Krudysz, Anna Mazur (p.o. Redaktora Naczelnego),
mgr Ariel Mucha, mgr Mateusz Nowak, mgr Michał Warzycki

Adres redakcji

ul. Straszewskiego 25/9, 31–007 Kraków
internetowyp@p@gmail.com, www.ipp.tbsp.pl

Wydawca

Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego

ISSN 1689–9601

Spis treści

Paweł Śmiałek

Konstytucyjne aspekty reformy Otwartych Funduszy Emerytalnych... 5

Natalia Olszewska

Wzrost znaczenia instytucji marszałka sejmikowego z punktu widzenia podpisów składanych pod aktami sejmikowymi na przykładzie akt ziemi krakowskiej w latach 1572–1632 20

Magdalena Michalska

Funkcje ustrojowe sądownictwa konstytucyjnego 37

Wojciech Bańczyk

Prawo do publicznego eksponowania symbolu religijnego w świetle zasad neutralności i bezstronności w stosunkach państwo – Kościół na przykładzie Stanów Zjednoczonych Ameryki oraz Rzeczypospolitej Polskiej 50

Michał Szymański

Tajemnica spowiedzi w prawie polskim – stan aktualny i propozycje zmian 73

Paweł Bury

Stosowanie sankcji wzruszalności wobec decyzji administracyjnych wydanych na podstawie aktów prawa miejscowego, których nieważność stwierdził sąd administracyjny.... 86

Tomasz Lichtarski

Nie zgodność z prawem egzekucji a odpowiedzialność zobowiązanego za koszty egzekucyjne w świetle ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji..... 102

Igor Adamczyk
Pozorna równość? *Ambiguitas contra stipulatorem*111

Łukasz Folać
**Zasada *in dubio pro libertate* w prawie administracyjnym
i orzecznictwie sądów administracyjnych 123**

Kamil Leśniewski
**Podniebny zabójca czy skuteczna broń? Wykorzystywanie
dronów bojowych na asymetrycznym polu walki
w kontekście międzynarodowego prawa humanitarnego 139**

Patrycja Jankowska
Detencja cudzoziemców w Polsce – granice konfliktu interesów 152

Paweł Śmiałek¹

Konstytucyjne aspekty reformy Otwartych Funduszy Emerytalnych

Streszczenie:

Przedmiotem artykułu jest problematyka związana z reformą Otwartych Funduszy Emerytalnych, która została przeprowadzona w 2013 r. Ze względu na fakt, iż zagadnienie to dotyczy zdecydowanej większości społeczeństwa, w tekście omówione zostaną społeczne, gospodarcze oraz konstytucyjne aspekty tejże reformy.

W pierwszej kolejności wyjaśnione zostanie czym jest „ubezpieczenie społeczne”, a także istota utworzenia „Otwartych Funduszy Emerytalnych”. Następnie omówione zostaną podstawowe założenia przeprowadzonej reformy oraz główne zarzuty stawiane reformie OFE, dotyczące przede wszystkim niezgodności z Konstytucją RP. Przedstawiony zostanie także wyrok Trybunału Konstytucyjnego w tej sprawie, jego główne tezy, motywy oraz konsekwencje wydanego orzeczenia.

Słowa kluczowe: Konstytucja RP, Otwarte Fundusze Emerytalne, ubezpieczenie społeczne, emerytura

1. Wstęp

Kwestie związane ze świadczeniami emerytalnymi od zawsze budziły, budzą i będą budzić kontrowersje społeczne. Szczególne emocje wywołała reforma Otwartych Funduszy Emerytalnych, która przez część społeczeństwa, a także szereg środowisk politycznych została uznana za tzw. „skok na OFE”. Sprawą w ostateczność zajął się Trybunał Konstytucyjny, gdyż podnoszono, że ustawa jest niezgodna z Konstytucją RP².

¹ Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Konstytucyjnego na Uniwersytecie Warmińsko-Mazurskim w Olsztynie oraz aplikantem adwokackim w Okręgowej Radzie Adwokackiej w Olsztynie.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483.)

Prezydent RP oraz Rzecznik Praw Obywatelskich zgłosili szereg zarzutów dotyczących niezgodności z Konstytucją RP przeprowadzonej reformy emerytalnej. Duże wątpliwości można również mieć co do efektywności ekonomicznej instrumentów zastosowanych przez rząd. Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie skutków gospodarczych, ekonomicznych oraz społecznych reformy Otwartych Funduszy Emerytalnych, a także konstytucyjnych aspektów wyroku wydanego przez Trybunał Konstytucyjny w niniejszej sprawie.

2. Funkcje i aspekty prawne zabezpieczenia społecznego i Otwartych Funduszy Emerytalnych

W celu przejścia do dalszych rozważań na wstępie konieczne jest wyjaśnienie dwóch kluczowych pojęć, a mianowicie „zabezpieczenie społeczne” oraz „Otwarty Fundusz Emerytalny” (dalej: OFE albo Otwarty Fundusz Emerytalny). Należy podkreślić, że zgodnie z art. 67 Konstytucji RP: obywatel ma prawo do zabezpieczenia społecznego w razie niezdolności do pracy ze względu na chorobę lub inwalidztwo oraz po osiągnięciu wieku emerytalnego, natomiast zakres i formy zabezpieczenia społecznego ustrojodawca pozostawił w gestii ustawodawcy. Adresatem normy konstytucyjnej wskazanej w art. 67 jest niewątpliwie władza publiczna, a w szczególności ustawodawca zwykły, gdyż został uznany za podmiot kompetentny do określenia treści prawa do zabezpieczenia społecznego³. Ustawodawca jednak nie skonstruował jednoznacznej definicji legalnej „ubezpieczenia społecznego” w ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych⁴ (dalej: SysUbSpołU), wskazał jedynie zakres składników wchodzących w pojęcie ubezpieczenia społecznego, zaliczając do nich: ubezpieczenie emerytalne, rentowe, ubezpieczenie w razie choroby i macierzyństwa oraz ubezpieczenie z tytułu wypadków przy pracy (art. 1 SysUbSpołU). Próby zdefiniowania tego pojęcia podjęto natomiast w piśmiennictwie wskazując, że jest to system zagwarantowanych ustawowo i związanych z pracą, świadczeń o charakterze roszczeniowym, pokrywającym potrzeby wywołane przez zdarzenia losowe lub inne zrównane z nimi zdarzenia, spełnianych przez zobowiązane do tego instytucje oraz finansowane na zasadzie bezpośredniego, bądź pośredniego rozłożenia ciężarów w całości lub co najmniej w poważnej mierze, na zbiorowość osób do nich uprawnionych⁵. Wskazywano również, że ubezpieczenie społeczne to zespół urządzeń, finansowych, organizacyjnych i prawnych zapewniających nie tylko pracownikom, lecz także innym kategoriom osób utrzymujących się z własnej pracy pomoc finansową lub w postaci usług, w przypadku niemożności zaspokajania ich potrzeb w ramach własnej przezorności⁶.

³ K. Ślebzak [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 67*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogizdkmjsha2tsmroobqxlrgu4teni>, 25.12.2016.

⁴ Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych z dnia 13 października 1998 r. (Dz.U. 2016. poz. 963).

⁵ W. Szubert, *Ubezpieczenie społeczne: zarys systemu*, Warszawa 1987, s. 66.

⁶ W. Piotrowski, *Niektóre aspekty prawne reformy systemu emerytalnego*, RPEIS, s. 147.

2.1. Ekonomiczne i społeczne aspekty zabezpieczenia społecznego

Analizując materię związaną z ubezpieczeniami społecznymi, z perspektywy ekonomiczno-gospodarczej, szczególną uwagę należy zwrócić na fakt, iż jest to instytucja, która w pierwszej kolejności na podstawie umowy i poprzez opłacanie składki pozwala zakładowi ubezpieczeń przyjąć na siebie ryzyko zajścia negatywnych, ekonomicznych skutków określonego zdarzenia losowego, z drugiej strony na podstawie opracowanych metod oceny ryzyka pozwala na selekcję i gromadzenie składki w sposób pozwalający na pokrycie zobowiązania z tytułu wypadków ubezpieczeniowych oraz kosztów funkcjonowania zakładu⁷. Z pola widzenia nie można również tracić „społecznego” aspektu, który oparty jest na trzech fundamentalnych zasadach tj.: powszechność, solidarność ubezpieczonych oraz socjalne zobowiązania państwa⁸.

Zasada powszechności w głównej mierze przejawia się poprzez objęcie obowiązkiem ubezpieczenia wszystkich osób pozostających w określonej sytuacji prawnej. Ustawodawca zagwarantował właściwą realizację tejże zasady poprzez wprowadzenie przymusu ubezpieczenia, który w konsekwencji pozwala na właściwą redystrybucję w obrębie społeczeństwa, a także wzmacnia zasadę solidarności ubezpieczonych⁹.

Zasada solidarności ubezpieczonych przejawia się w formie tworzenia grup osób narażonych na podobne zdarzenia losowe, w obrębie których dochodzi do rozłożenia odpowiedzialności w obrębie wszystkich członków należących do danej grupy¹⁰. Potrzeba tworzenia tego typu wspólnot wynika z konieczności właściwego rozłożenia ciężarów pokrycia kosztów ekonomicznych, będących następstwem zajścia określonego zdarzenia losowego na ogół społeczeństwa lub co najmniej na liczną grupę osób w podobny sposób zagrożonych danym zdarzeniem losowym. Należy również mieć na uwadze, że wysokość opłacanej składki jest w pełni uzależniona od prawdopodobieństwa zaistnienia określonego zdarzenia losowego oraz stopnia ryzyka. W związku z powyższym solidarność przejawia się poprzez objęcie określonej grupy osób podobnym prawdopodobieństwem nastąpienia zdarzenia losowego, stopniem ryzyka oraz podobną wysokością wypłacanego świadczenia. Sposób tworzenia funduszy jest dowolny i zależy przede wszystkim od jego inicjatora, który może nim objąć tylko określone grupy osób, bądź wybrane zdarzenia losowe, jak na przykład wypadek przy pracy, czy też niezdolność do wykonywania zawodu.

Ostatnią zasadą składającą się na charakter społeczny ubezpieczeń jest tworzenie funduszy. Przede wszystkim fundusze powstają ze składek wpłacanych przez uczestników, ale źródłami finansowania są również wpłaty z budżetu oraz inne dotacje. Podstawowym celem tworzenia funduszy jest wypłata świadczeń związanych z zaistnieniem określonego zdarzenia losowego. Omawiając istotę tworzenia funduszy niezmiernie ważna jest zasada wzajemności, która w doktrynie uważana jest za równoznaczną

⁷ B. Hadyniak, *Ubezpieczenie jako narzędzie gospodarcze* [w:] J. Monkiewicz, *Podstawy ubezpieczeń*, t. I – mechanizmy i funkcje, Warszawa 2000, s. 56.

⁸ U. Kalina-Prasznica, *Uwagi do projektu ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Sejmowych*, Druk Sejmowy nr 339, s. 8, http://biurose.sejm.gov.pl/teksty_pdf_98/e-168.pdf, 09.04.2017.

⁹ *Ibidem*; K. Ślęzak [w:] *Konstytucja RP...*

¹⁰ J. Jończyk, *Prawo Ubezpieczenia Społecznego*, Warszawa 2006, s. 36–39.

z tzw. synalagmatycznością, polegającą na tym, że strony stosunku prawnego są zobowiązane do świadczeń¹¹. Szczególną rolę w ochronie praw emerytalno-rentowych zasady wzajemności podkreśla w swoim orzecznictwie również Trybunał Konstytucyjny. Podkreślając, iż ubezpieczenie społeczne jest formą zabezpieczenia społecznego opartą na zasadach przymusu, powszechności, wzajemności, na obowiązku płacenia składek i na roszczeniowym charakterze świadczeń. Warunkiem nabycia praw do świadczeń z ubezpieczenia społecznego jest bowiem odpowiedni staż pracy, z czym wiąże się fakt opłacania składek przekazywanych na fundusz ubezpieczeniowy. Wiąż między wkładem pracy pracownika a gromadzonym funduszem ubezpieczeń społecznych stanowi podstawową przesłankę materialną prawa do świadczeń, a zarazem zasadniczy argument na rzecz ochrony tych praw. Z zasadą wzajemności wiąże się ściśle wymóg zachowania proporcjonalności między wysokością opłacanych składek a wysokością świadczeń. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego zasada proporcjonalności nie wyklucza ograniczania rozpiętości wysokości świadczeń w porównaniu z rozpiętością wysokości zarobków i składek, wysokość świadczeń nie powinna jednak nadmiernie odbiegać od wkładu ubezpieczonego w tworzenie funduszu ubezpieczeń społecznych. Zasada wzajemności uzasadnia ochronę zaufania ubezpieczonych w związku z określonym ryzykiem ubezpieczeniowym, związanym z utratą zdolności do pracy lub powstaniem nadmiernych kosztów utrzymania rodziny. Uzasadnione oczekiwania ubezpieczonego w przypadku ubezpieczenia emerytalnego dotyczą sytuacji, w której nie tylko osiągnął on określony wiek, ale również zaprzestał dotychczasowej działalności zawodowej¹². Należy również podkreślić szczególną rolę państwa przy realizacji zasady wzajemności, gdyż jest ono gwarantem wypłaty świadczeń w przypadku niewypłacalności wykonawców zabezpieczenia społecznego. Gwarancja ta wynika w głównej mierze z funkcji społecznej ubezpieczenia społecznego. Tego typu gwarancje przybierają różny charakter, jak na przykład powierzenie wypełniania zadań z zakresu ubezpieczenia społecznego właściwym, do tego celu utworzonym, w różnym stopniu autonomicznym instytucjom publiczno-państwowym albo też pod całkowitym nadzorem państwa, jak również formę gwarantowanej wypłaty świadczeń, w przypadku spełnienia ustawowych warunków nabycia prawa do określonego świadczenia¹³.

Nie ulega wątpliwości, że jednym z takim funduszy są Otwarte Fundusze Emerytalne, które przed wprowadzonymi zmianami stanowiły drugi z trzech filarów polskiego systemu emerytalnego. Na przestrzeni lat zarówno w Polsce jak i Europie stworzono szereg instytucji stanowiących inne metody realizacji zabezpieczenia społecznego. W Niemczech świadczenia z systemu odszkodowawczego w Niemczech zastąpiły świadczenia zaopatrzeniowe. Polski prawodawca również implementował szereg technik wspierających, które stanowiły odpowiedź na wyjątkowe sytuacje wymagające interwencji i pomocy ze strony państwa. Zaliczyć do nich można m.in. zasiłki rodzinne, macierzyńskie, opiekuńcze, wychowawcze, które można zaliczyć do świadczeń mających na celu poprawę sytuacji bytowej rodziny. Do grupy technik wspierających

¹¹ T. Zieliński, *Ubezpieczenia Społeczne Pracowników*, Warszawa 1994, s. 130.

¹² Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 lutego 2006 r., sygn. akt 45/04.

¹³ *Ibidem*; K. Ślebzak [w:] *Konstytucja RP...*

można także zaliczyć świadczenia służące wspieraniu walki z bezrobociem (zasiłki, renty szkoleniowe, pożyczki szkoleniowe, świadczenia i zasiłki przedemerytalne itp.)¹⁴.

2.2. Charakter prawny Otwartych Funduszy Emerytalnych

Z perspektywy omawianego problemu należy rozważyć czy tworzenie Otwartych Funduszy Emerytalnych można również zaliczyć do technik umożliwiających realizację zabezpieczenia społecznego. W opinii autora na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej. OFE należy w pierwszej kolejności zaliczyć do metod finansowania tego typu świadczeń. Podobne stanowisko wyrażone zostało w piśmiennictwie¹⁵. Oczywiście przeciwnicy takich twierdzeń mogą zwrócić uwagę na fakt, że w art. 3 ust. 1 pkt. 2 SysUbSpołU¹⁶ ustawodawca wskazał, że fundusze emerytalne są wykonawcami ubezpieczenia społecznego, a w konsekwencji mogłoby to oznaczać, że jednak wykonują one zadania z zakresu zabezpieczenia społecznego, ale doktryna w większości podkreśla, że nie jest to ubezpieczenie społeczne, ale forma przymusowego oszczędzania na emeryturę¹⁷.

OFE były tworzone, zarządzane oraz reprezentowane w stosunkach z osobami trzecimi przez powszechne towarzystwa emerytalne (PTE). Uznawane były jednak za odrębne podmioty posiadające osobowość prawną nieposiadające natomiast zdolności upadłościowej tzn. nie mogły ogłosić bankructwa, z tego względu, że dysponowały majątkiem odrębnym od majątku towarzystwa. Przedmiotem działalności funduszy co do zasady było gromadzenie i inwestowanie środków zebranych na indywidualnych kontach członków OFE z celem przeznaczenia ich na świadczenie emerytalne. Otwarte fundusze emerytalne podlegały nadzorowi państwa, który do tej pory wykonywany jest przez Komisję Nadzoru Finansowego. W sytuacji, gdy dochodziło do połączenia towarzystw lub nabycia towarzystwa przez inne PTE, fundusz ulegał likwidacji. Nie oznaczało to jednak likwidacji indywidualnych kont członków funduszu – ich środki były wtedy przenoszone do innego OFE. Ubezpieczony mógł dokonać zmiany funduszu przenosząc zgromadzony dotąd kapitał do innego wybranego przez siebie funduszu emerytalnego – dotychczasowy fundusz nie miał prawa ograniczać jego woli do zmiany funduszu¹⁸.

2.3. Kontrowersje związane z ideą utworzenia OFE

Sama idea stworzenie drugiego filaru wzbudziła wiele kontrowersji. Uważano, że utworzenie może potencjalnie naruszać podstawowe standardy wprowadzone przez

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Art. 3 ust. 1 pkt 2 SysUbSpołU: 1. Zadania z zakresu ubezpieczeń społecznych określone ustawą wykonują: Zakład Ubezpieczeń Społecznych; 2) otwarte fundusze emerytalne, określone w przepisach o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, w zakresie gromadzenia i lokowania składki na ubezpieczenie emerytalne; 3) płatnicy składek.

¹⁷ K. Kolasieński, *Konstytucyjne prawo do zabezpieczenia społecznego a nowy system ubezpieczeń społecznych*, PiP 1999, s. 19.

¹⁸ KNF, *OFE- słownik pojęć podstawowych*, https://www.knf.gov.pl/dane_wspolne/OFE.html, 12.08. 2016.

Międzynarodową Organizację Pracy, która szczególną uwagę zwraca na realizację podstawowych funkcji prawa do zabezpieczenia społecznego, wyrażonych także w Konstytucji RP, w przepisie art. 67 ust. 1. Podnoszone były zarzuty podkreślające, że OFE naruszają konstytucyjną zasadę sprawiedliwości społecznej. Tendencje do prywatyzacji sfery ubezpieczeń społecznych mogły skutkować osłabieniem idei solidarności społecznej na rzecz realizacji celów ekonomicznych i gospodarczych państwa. Szczególną uwagę zwracano również na fakt, że w polskich warunkach gospodarczych, gdzie wciąż występują stosunkowo niskie płace, a także wysoki procent bezrobocia, system ten może nie przynieść pozytywnych skutków¹⁹. Podkreślano, że Otwarte Fundusze Emerytalne mogą spowodować rażące naruszenie dystrybucyjnej funkcji ubezpieczeń społecznych, których głównym celem miała być pomoc różnym grupom społecznym, ku zapewnieniu dobra wspólnego dla wszystkich obywateli. Krytykowano również pomysł wprowadzenia przymusowości oszczędzania w OFE, gdyż część wynagrodzenia uzyskanego za wykonywaną pracę było potrącane i przeznaczane do OFE. Pracownik nie miał prawa odmówić potrącenia na rzecz OFE. Jego jedynym uprawnieniem był wybór funduszu. Przepis ten w ocenie autora budził duże wątpliwości z perspektywy konstytucyjnego prawa do własności, gdyż w świetle art. 21 państwo ma chronić własność, jaką niewątpliwie jest wynagrodzenie za pracę. Natomiast OFE w znacznym stopniu ograniczało prawo do swobodnego dysponowania uzyskanym zarobkiem. Oczywiście bardziej szczegółowe rozważania w tej materii mogłyby być przedmiotem odrębnej analizy. W szczególności mając na uwadze, iż ustawodawca odstąpił zasady przymusowego uczestnictwa w OFE.

2.4. Geneza i główne założenia reformy OFE

Ostatecznie system OFE powstał w 1999 r. i przez bardzo długi czas nie był poddawany żadnej ocenie. Wskazać należy, stary system był zupełnie niezbilansowany. Do dziś obsługuje znaczną liczbę osób. Trudno to wiązać z nowym systemem. Niezbilansowany jest również system rentowy. To skutek nieprzemyślanej decyzji o obniżeniu składki bez obniżenia wydatków. Do tego dokładają się koszty generowane w częściach systemu ubezpieczeń społecznych, które nie mają nic wspólnego z nowym systemem emerytalnym²⁰. Próba gruntownej reformy została podjęta przez partię Platformy Obywatelskiej, która szybkim wzrostem gospodarczym i szeregiem zmian w polskiej gospodarce usprawiedliwiała potencjalną reformę emerytalną. W ostateczności partia rządząca

¹⁹ Należy podkreślić pomysł stworzenia OFE pojawił pod koniec XX w. W tamtym okresie w Polsce występowało bardzo wysokie bezrobocie spowodowane trwającym okresem transformacji po ustroju komunistycznym. Obecnie problem bezrobocia nie jest już tak duży, ale należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że stan nie jest spowodowany szczególnie skuteczną polityką państwa, lecz otwarciem dla Polski strefy Schengen, wyjazdem dużej liczby polskich obywateli zagranicę w celu poszukiwania pracy, a także znacznym spadkiem liczby osób w wieku produkcyjnym spowodowany demograficznymi aspektami starzejącego się społeczeństwa.

²⁰ M. Góra, BAS, *Dyskusja dotycząca systemu emerytalnego, błędna identyfikacja problemów, błędna diagnoza*, [http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/3FA012A597471189C12578B100430CEC/\\$file/Analiza_BAS_2011_46%20\(3\).pdf](http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/3FA012A597471189C12578B100430CEC/$file/Analiza_BAS_2011_46%20(3).pdf), 09.04.2017.

zdecydowała się na dokonanie reformy²¹. Po przeprowadzeniu kompleksowej analizy, eksperci zajmujący się reformą postawili jednoznaczną tezę – korzyści z odkładania pieniędzy do OFE wcale nie są większe aniżeli z odkładania do ZUS. Zdaniem rządu nie tylko nie przynosi to pozytywnych efektów dla przyszłych emerytów, ale i zwiększa wydatki państwa, przez co zwiększa deficyt budżetowy oraz obniża relację długu publicznego w stosunku do PKB. Na pewno należy uznać, iż przedstawiona teza oraz ukazane perspektywy nie były pozytywne. Przedstawione wyniki były bardzo zaskakujące, gdyż po powstaniu OFE trudno było znaleźć opinie potwierdzające wadliwość ekonomiczną systemu. Oczywiście niemożliwa jest obrona tezy, że OFE to zdecydowanie najlepsze rozwiązanie na to, aby świadczenia emerytalne były na odpowiednim poziomie. Wystarczy wskazać przykład Szwecji. System emerytalny tego państwa został wskazany jako jeden z czterech najlepszych w Melbourne Mercer Global Pension Index. Dlaczego akurat ten system jest tak skutecznym? Swoboda obywatela. Tym samym możemy znaleźć odniesienie do podstawowego zarzutu, jaki stawiano OFE przed ich powstaniem, a więc ograniczenie swobody obywatela w dysponowania swoją własnością. Szwedzi od 2000 r. mogą na emeryturę odkładać w każdym z 650 funduszy inwestycyjnych, które otrzymały pozwolenie na działanie w Szwecji. Większość z nich to fundusze inwestujące tylko w akcje, a połowa działa głównie na rynku międzynarodowym. Tylko nieliczne szwedzkie fundusze prowadzą politykę inwestycyjną odpowiednią dla osób oszczędzających na emeryturę, czyli długoterminowo. Oczekuje się, że obywatele sami stworzą sobie portfel inwestycyjny, odpowiedni dla ich wieku, poziomu zarobków oraz skłonności do ryzyka. Oczywiście można w tym miejscu postawić tezę, że nadmierna inwestycja w akcje niesie za sobą zbyt wysokie ryzyko utraty wszystkich oszczędności, ale każdy obywatel może przy pomocy doradcy finansowego odpowiednio zdywersyfikować swój portfel inwestycyjny. Poza tym na rynku istnieje szereg instrumentów bardziej bezpiecznych, które co prawda przynoszą niższą stopę zwrotu, ale wciąż mogą powodować wzrost przyszłej emerytury. Blisko 4,5 mln Szwedów, którzy mają konta w nowym systemie emerytalnym, posiada portfel inwestycyjny „skrojony na miarę”. Władze kraju zadbały też o obywateli którzy nie zdecydowali się na taki wybór (było ich około 32 proc.). Dla nich powołano jeden państwowy fundusz tzw. *Premiesparfonden*, do którego można także w dowolnym momencie przenieść pieniądze z pozostałych kont inwestycyjnych, jeżeli obywatel nie jest zadowolony, bądź też chętny do podejmowania własnych wyborów²².

Niestety polski rząd wybrał inną drogę reformy systemu emerytalnego. Oczywiście w polskim systemie obywatel również otrzymał możliwość „wyboru”. Pierwsza to dzielenie składki emerytalnej między ZUS a OFE, druga – oszczędzanie tylko w ZUS. W ramach reformy całkowicie przebudowano II filar emerytalny. Przed reformą fundusze kupowały przede wszystkim obligacje i akcje. W konsekwencji powodowało to, iż państwo pożyczало od OFE własne pieniądze, a to z kolei zwiększało dług publiczny,

²¹ Oficjalna strona Premiera RP, *Wszystko o reformie OFE*, <https://www.premier.gov.pl/wydarzenia/aktualnosci/wszystko-o-reformie-ofe.html>, 12.08.2016.

²² A. Piński, *Wiecej za mniej czyli co oferują w świecie systemy emerytalne*, <https://www.obserwatorfinansowy.pl/forma/rotator/wiecej-za-mniej-czyli-co-oferuja-w-swiecie-systemy-emerytalne/>, 12.08.2016.

co z kolei przybliżało nas do naruszenia art. 216 ust. 5 Konstytucji RP i przekroczenia limitu 3/5 długu publicznego w stosunku do PKB. Zgodnie z założeniami reformy środki przeniesione i zapisane w ZUS podlegały dziedziczeniu. Dzięki tej zmianie bezpieczeństwo emerytur miało wzrosnąć, a świadczenia emerytalne nie były powiązane z rynkiem finansowym. Konstrukcja nowego systemu miała spowodować, że zobowiązania tworzone w nim na skutek wpłacania składek odpowiadałyby zdolności systemu do realizacji tych zobowiązań²³.

W konsekwencji system gospodarczy nie uległby zachwianiu. Głównym filarem emerytur miał zostać ZUS, a sama reforma miała być dwuetapowa:

1. Najpierw pieniądze z OFE, które wpływają na zadłużenie państwa obligacje, miały zostać przeniesione do ZUS, gdzie cała ich wartość zostanie zapisana na indywidualnych kontach emerytalnych. Miało to oznaczać, że żaden ubezpieczony nie straci ani złotówki ze swoich emerytalnych oszczędności.
2. Następnie dług państwa, który wynikał z „pożyczenia” pieniędzy do OFE, zostanie umorzony. Oczywiście nie miało to wpłynąć w żaden sposób na wysokość oszczędności obywateli. Zapis na kontach w ZUS miał być gwarancją, że suma odłożonych składek się nie zmieni, a ich wartość będzie rosła dzięki waloryzacji.

2.5. Główne zarzuty stawiane reformie OFE

Ostatecznie ustawę uchwalono w grudniu 2013 r.²⁴ Prezydent podpisał ją 27 grudnia, jednakże zakwestionował m.in. zakaz inwestowania funduszy w obligacje, nakaz inwestowania w akcje i zakaz reklamy OFE. Rzecznik Praw Obywatelskich, Irena Lipowicz zarzuciła natomiast tym przepisom naruszenie zasady wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP tj. zasady demokratycznego państwa prawa oraz zasad, które bezpośrednio są wywodzone z art. 2 tj.: zaufania obywateli do państwa oraz niedziałania prawa wstecz w przepisach dotyczących przeniesienia do ZUS i umorzenia 51,5 proc. aktywów OFE oraz ponownego wyboru między OFE a ZUS. Szereg zastrzeżeń do ustawy miała również Konfederacja Lewiatan²⁵. Wskazując, iż obowiązek umorzenia 51,5% zgromadzonych środków i przekazania ich wartości do ZUS stanowi ingerencję m.in. we własność OFE oraz ubezpieczonych. Niewątpliwie można dostrzec naruszenie najpełniejszego prawa konstytucyjnego zawartego w art. 21 Konstytucji RP – prawa własności. W szczególności mając na uwadze zarzuty, jakie stawiano OFE przed ich powstaniem, o których mowa była wcześniej. Jeżeli uznać, że środki zgromadzone w OFE miały charakter prywatny, to można dopatrywać się dokonania przez rząd ich wywłaszczenia. W tym miejscu należy przypomnieć, że wywłaszczenie może nastąpić wyłącznie w celach publicznych i za słusznym odszkodowaniem. Cel (interes) publiczny należy rozumieć wyłącznie jako dobro ogółu, czyli całego narodu lub społeczności regionalnej,

²³ *Ibidem*; M. Góra, BAS, *Dyskusja dotycząca...*

²⁴ Ustawa z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych (Dz. U. poz. 1717).

²⁵ Infor, *Reforma OFE zaskarżona do TK*, <http://mojafirma.infor.pl/mala-firma/pracownik-i-zus/326047,Reforma-OFE-zaskarzona-do-Trybunalu-Konstytucyjnego.html>, 12.08.2016.

a wywłaszczenie następuje w interesie uwłaszczanego podmiotu publicznego (bezpośrednio) oraz w interesie całego narodu lub społeczności regionalnej (pośrednio)²⁶. Z kolei słuszne odszkodowanie definiowane jest jako odszkodowanie związane z wartością przedmiotu własności. Należy zatem przyjąć, że mogą istnieć szczególne sytuacje, gdy inna ważna wartość konstytucyjna pozwoli uznać za „słuszne” również odszkodowanie nie w pełni ekwiwalentne²⁷. Biorąc pod uwagę te dwie definicje za cel publiczny można by niewątpliwie uznać fakt, iż ta reforma jest niezbędna w celu zapewnienia stabilności finansowej państwa, ale czy jest do tego rzeczywiście konieczna? W opinii autora nie, gdyż partia rządząca postanowiła zastosować relatywnie proste rozwiązanie, które było związane z zastosowaniem zabiegu na kształt kreatywnej księgowości. Przeprowadzone działania miały charakter ściśle rachunkowy. Rząd postanowił nie szukać reform strukturalnych, które rzeczywiście mogły przynieść wzrost gospodarczy w Polsce w przyszłości. Należy jednak w tym miejscu podkreślić, że taki zarzut można postawić również obecnie rządzącym, ale należy się zastanowić z czego rząd będzie brać pieniądze po wyczerpaniu źródła jakim jest OFE? Ponadto trudno dopatrywać się odpowiedniej rekompensaty dla obywateli, którzy byli właścicielami swoich aktywów w OFE. Dlatego można mieć wątpliwości, czy ustawa jest zgodna z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, który stanowi, iż ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Ustawodawca w tej materii mógł nadmiernie ingerować w prawo własności, naruszając jednocześnie zasadę proporcjonalności. Z pola widzenia nie można tracić także potencjalnego naruszenia zasady swobodnej działalności gospodarczej, która jest podstawowym fundamentem społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji RP).

Wiele zastrzeżeń można mieć także do samego procesu legislacyjnego, który został przeprowadzony w bardzo szybkim tempie, mając na uwadze skomplikowany charakter Otwartych Funduszy Emerytalnych, a także doniosłość społeczną regulowanej materii. Zasada przyzwoitej legislacji jest jednym z podstawowych elementów zasady demokratycznego państwa prawa. Na przestrzeni lat Trybunał Konstytucyjny utorował pogląd, iż z zasady demokratycznego państwa prawa można wywieść takie wartości jak zasada ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa i wynikający z niej obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa prawnego, ochrony praw nabytych i interesów w toku, zakaz wstecznego działania prawa, nakaz przestrzegania reguł przyzwoitej legislacji, w tym przestrzeganie zasady dostatecznej określoności przepisów oraz ustanawiania odpowiedniej *vacatio legis*²⁸. Trybunał Konstytucyjny podkreślał również, że zasada

²⁶ P. Śmiałek, *Cel publiczny jako podstawowa przesłanka wywłaszczenia*, <http://kacelarielcelsus.blogspot.com/2016/08/cel-publiczny-jako-podstawowa-przesanka.html#more>, 12.08.2016.

²⁷ P. Śmiałek, *Słuszne odszkodowanie za wywłaszczenie*, <http://kacelarielcelsus.blogspot.com/2016/08/suszne-odszkodowanie-za-wywłaszczenie.html>, 12.08.2016.

²⁸ Zob. wyroki TK: z dnia 13 kwietnia 1999 r. sygn. akt K 36/98, OTK ZU 3/1999, poz. 40 i z dnia 10 kwietnia 2006 r., sygn. akt SK 30/04, OTK ZU 4A/2006, poz. 42.

demokratycznego państwa prawa wyraża się w takim stanowieniu i stosowaniu prawa, „by nie stawało się ono swoistą pułapką dla obywatela i aby mógł on układać swoje sprawy w zaufaniu, iż nie naraża się na prawne skutki, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań oraz w przekonaniu, iż jego wszelkie czynności podejmowane zgodnie z obowiązującym prawem będą także w przyszłości uznawane przez porządek prawny”²⁹. Bezpieczeństwo prawne jednostki jest przede wszystkim oparte na pewności prawa, a więc zespole cech przysługujących prawu, które zapewnia jednostce ochronę praw, umożliwiając jej podejmować decyzje o swoim postępowaniu na podstawie pełnej znajomości przesłanek działania organów państwowych oraz znajomości skutków prawnych, jakie postępowanie to może za sobą pociągnąć³⁰.

Kolejnym podniesionym zarzutem, który został przedstawiony przez organizację Lewiatan, był całkowity zakaz reklamy OFE, a nie tylko zakaz reklamy wprowadzającej w błąd. W opinii Konfederacji ta regulacja prawna naruszała zasadę swobody działalności gospodarczej oraz społecznej gospodarki rynkowej, ograniczając tym samym prawo do wypowiedzi oraz rozpowszechniania informacji komercyjnej przedsiębiorców. OFE reklamowano jako sposób na zabezpieczenie obecnie pracującym osobom dostatej emerytury w przyszłości. Dodatkowo, w odniesieniu do osób, które mogły wybrać czy zapisać się do OFE czy nie, w reklamach zastosowano swego rodzaju przynętę w postaci obietnicy nieograniczonego w czasie dziedziczenia zgromadzonych środków. Obietnica ta nie miała żadnych realnych podstaw ekonomicznych i posłużyła jedynie do przyciągnięcia do OFE dodatkowo wielu milionów osób³¹.

2.6. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego w sprawie OFE i jego argumentacja

Trybunał Konstytucyjny dnia 3 listopada 2015 r. ostatecznie rozpoznał połączone wnioski Prezydenta RP Bronisława Komorowskiego oraz Rzecznika Praw Obywatelskich Ireny Lipowicz orzekając, iż środki pochodzące ze składek ubezpieczeniowych, także te zgromadzone w otwartych funduszach emerytalnych, są – w sensie konstytucyjnym – środkami publicznymi, a nie prywatnymi oszczędnościami ubezpieczonych. Powodem takiego stanu rzeczy jest fakt, iż pochodzą z przymusowej i powszechnej składki emerytalnej, która ma charakter daniny publicznej. Na przestrzeni lat Trybunał wielokrotnie orzekał, że ustawodawca dysponuje stosunkowo szeroką swobodą rozporządzania takimi środkami w celu zapewnienia ubezpieczonym realizacji prawa do emerytury. To bowiem państwo odpowiada wobec obywateli za organizację systemu emerytalnego i wypłatę świadczeń. Nie można jednocześnie zakładać niezmienności unormowań określających warunki nabywania tego prawa, zwłaszcza jeśli zmieniają się warunki społeczno-ekonomiczne³².

²⁹ Zob. wyrok TK z dnia 7 lutego 2001 r., sygn. akt K 27/00, OTK ZU nr 2/2001, poz. 29.

³⁰ Zob. wyrok TK z dnia 14 czerwca 2000 r., sygn. akt P 3/00, OTK ZU 5/2000, poz. 138.

³¹ L. Oręziak, BAS, *OFE- Zagrożenie dla finansów publicznych i emerytur*, [http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/3FA012A597471189C12578B100430CEC/\\$file/Analiza_BAS_2011_46%20\(3\).pdf](http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/3FA012A597471189C12578B100430CEC/$file/Analiza_BAS_2011_46%20(3).pdf), 09.04.2017.

³² Wyrok TK z dnia 3 listopada 2015 r., sygn. akt. K 1/14, OTK ZU 10A/2015, poz. 165.

Punktem wyjścia w rozważaniach Trybunału było uznanie, że ustawodawca stworzył system emerytalny na podstawie modelu wielofilarowego. Działając w granicach swych kompetencji ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie segmentu kapitałowego w którym to podmioty prywatne będą mieć możliwość zarządzania środkami publicznymi, których źródłem są składki na ubezpieczenie emerytalne i w związku z prowadzoną działalnością podmioty prywatne będą mogły osiągać korzyści. Trybunał Konstytucyjny zwrócił również uwagę na niezmiernie istotny aspekt, jakim jest powinność ustawodawcy do stworzenia systemu emerytalnego, który zabezpiecza przyszłe pokolenia. Mając jednocześnie na uwadze zasadę zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa.

Trybunał uznał wprowadzenie ograniczenia inwestowania aktywów OFE w instrumenty skarbowe za mieszczące się w ramach kompetencji, jaka przysługuje ustawodawcy przy określaniu zasad realizacji prawa do emerytury. W szczególności podkreślając prawo ustawodawcy do zmiany systemu emerytalnego w celu jego ochrony i zwiększenia jego efektywności. W orzeczeniu Trybunał zwrócił uwagę, że obowiązujące wcześniej zasady lokowania aktywów OFE nie były sprzyjające dla konkurencji między tymi podmiotami. Stanowiło to podważenie jednej z podstawowych zasad funkcjonowania kapitałowego filaru systemu emerytalnego. Ustawodawca stworzył model, w którym zarządzanie środkami publicznymi pochodzącymi z przymusowych składek powierzono wyspecjalizowanym podmiotom prywatnym działającym na rynku finansowym. W związku z faktem, iż podmioty te powinny się specjalizować w realizacji powierzonych zadań, inwestycja środków powinna zapewniać jak największą efektywność oraz być bezpiecznym sposobem generowania zysków z kapitału. Lokowanie większości zgromadzonych aktywów przez OFE w instrumenty skarbowe nie można było uznać za aktywne zarządzanie tymi środkami. Oczywiście zysk był generowany, ale kosztem zwiększonego i ciągle przyrastającego długu publicznego.

W opinii Trybunału Konstytucyjnego ustawa o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych została wprowadzona z zachowaniem odpowiedniego *vacatio legis*. Ustawodawca posłużył się szeregiem rozwiązań o charakterze przejściowym, które umożliwiały elastyczną zmianę polityki inwestycyjnej OFE, zachowując przy tym wymagania bezpiecznego inwestowania. Odnosząc się z kolei do zabiegów księgowych związanych z reformą OFE Trybunał stwierdził, iż umorzenie 51,5 proc. jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunkach członków OFE oraz przekazanie odpowiadających tym jednostkom aktywów do ZUS-u nie nosiły cech działania prawa wstecz. Przepisy stanowiące podstawę tej operacji modyfikowały na przyszłość warunki nabywania przez ubezpieczonych prawa do emerytury. Dotyczyły zatem stosunków prawnych zapoczątkowanych pod rządami poprzednich unormowań, ale trwających w czasie obecnym. Trybunał podkreślił również, że transfer aktywów odpowiadających umorzonym jednostkom rozrachunkowym nie wiązał się z obniżeniem wartości tych aktywów. Środki zarządzane uprzednio przez OFE zostały przeniesione do ZUS-u w tej samej wysokości. Przeprowadzona operacja rachunkowa nie pociągała za sobą negatywnych skutków dla ubezpieczonych.

Ustawodawca wprowadził przepisy regulujące warunki nabywania emerytury na przyszłość, a więc odnosiły się do stosunków prawnych zapoczątkowanych pod regulacjami poprzednich unormowań, ale wciąż trwających w czasie. W uzasadnieniu podkreślono, że transfer aktywów odpowiadających umorzonym jednostkom rachunkowym nie był związany w żadnym stopniu ze spadkiem wartości tych aktywów. Środki zarządzane uprzednio przez Otwarte Fundusze Emerytalne zostały przeniesione do ZUS-u w tej samej wysokości. W związku z czym, zdaniem Trybunału, operacja rachunkowa nie wiązała się z negatywnymi skutkami dla osób, które miały swoje składki odprowadzane do OFE. Trybunał zwrócił ponadto uwagę na fakt, że prawo do zabezpieczenia społecznego uzyskiwane z chwilą osiągnięcia stosownego wieku emerytalnego nie jest równoznaczne z prawem do uzyskania świadczenia o określonej wysokości, wyliczonego według jednego i niezmiennego modelu finansowania. Środki pochodzące z przymusowych składek są niewątpliwie środkami publicznymi, dlatego też ustawodawca dysponuje stosunkowo szeroką swobodą rozporządzania takimi środkami. Dysponent powinien jednak w pierwszej kolejności dążyć do zapewnienia ubezpieczonym realizacji prawa do emerytury. W związku z wciąż zmieniającymi się uwarunkowaniami społeczno-gospodarczymi nie można jednocześnie zakładać niezmienności unormowań określających warunki nabywania tego prawa, które mogą wpływać na wybór sposobu zapewnienia obywatelom zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu ustawowego wieku emerytalnego.

Za zgodny z Konstytucją RP, a w szczególności z zasadą demokratycznego państwa prawa, uznano mechanizm składania oświadczeń o przekazywaniu składek do OFE bądź na subkonto w ZUS-ie³³. Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie wiąże się z przyznaniem ubezpieczonym prawa do współdecydowania o tym, w jakim wymiarze chcą uczestniczyć w zmienionej, kapitałowej części systemu emerytalnego. Pozwala ubezpieczonym samodzielnie kształtować swoją sytuację prawną. Trybunał podkreślił, że uprawnienia, jakie ustawodawca przyznaje ubezpieczonym w ramach wykreowanego przez siebie systemu emerytalnego, nie mogą być jednak rozpatrywane w kontekście zasady wolności jednostki, gdyż są związane z powszechnym i obowiązkowym systemie ubezpieczeniowego.

Trybunał odniósł się również do zarzutu zakazu reklamy Otwartych Funduszy Emerytalnych uznając, że całkowity zakaz reklamy o OFE w okresach, w których ubezpieczeni mogą składać oświadczenia o sposobie przekazywania składki służy ochronie prawnej konsumentów, ale z punktu widzenia interesów OFE jest to środek nazbyt dolegliwy. Do reklam OFE mają zastosowanie przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

³³ Okno transferowe zostało ustalone na mocy ustawy z grudnia 2013 roku, która wprowadziła dobrowolność przekazywania części składki na ubezpieczenie emerytalne do otwartych funduszy emerytalnych. Wcześniej, dla osób urodzonych po 31 grudnia 1968 roku, ustawa przewidywała taki obowiązek. Od początku kwietnia do końca lipca 2014 r. uczestnicy funduszy mieli czas na podjęcie decyzji w sprawie składek emerytalnych. Przyszli emeryci mogli zdecydować, czy będą one ewidencjonowane na subkoncie w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych (4,38 proc.) i w części przekazywane do OFE (2,92 proc.), czy w całości znajdują się na subkoncie w ZUS (7,3 proc.). Warto jednak pamiętać, że pierwotne decyzje ubezpieczonych mogą być zmieniane w cyklach czteroletnich. Ubezpieczeni, którzy podjęli wcześniej decyzję o przekazywaniu części składki na ubezpieczenie emerytalne do OFE, mogą tę decyzję zmienić i zdecydować się na przekazywanie całości składki do FUS i odwrotnie.

konkurencji³⁴, które regulują między innymi takie kwestie jak zakaz reklam wprowadzających klienta w błąd i mogących przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi. Zastosowanie dalej idących zakazów, które będą dotyczyć każdej formy reklamy realizowanej za pomocą wszystkich nośników informacji mogłoby zostać uznane za dopuszczalne jedynie wówczas, gdy istniejące rozwiązania prawne byłyby nieskuteczne.

2.7. Ocena i konsekwencje związane z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego w sprawie OFE

Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego wzbudziło bardzo wiele kontrowersji i spotkało się z negatywnym odbiorem społecznym. Uznając za zgodne z Konstytucją RP przeniesienie środków z OFE do ZUS Trybunał umożliwił rządowi sięganie po pozostałe środki w OFE, gdy rząd będzie mieć problemy ze zbilansowaniem budżetu. Reforma przeprowadzona przez ministra finansów Jacka Rostowskiego spowodowała obniżenie długu publicznego w stosunku do PKB z 57% do 49%, a tym samym oddała perspektywę wprowadzenia postępowania sanacyjnego. Obecnie rządząca partia, Prawo i Sprawiedliwość, również w swoich planach ma wykorzystanie środków z OFE, które Trybunał uznał za legalne. Jak wynika z projektu informacji rządu i rekomendacji po przeglądzie systemu emerytalnego, które przygotował resort rodziny i pracy, pozostałe środki z Otwartych Funduszy Emerytalnych mają trafić na Fundusz Rezerwy Demograficznej i zostać zapisane na indywidualnych kontach w ZUS. Zdaniem partii rządzącej środki w OFE tracą na wartości i powinny zostać przekazane realizację nowej polityki gospodarczej, która ma wspierać polskie gospodarstwa domowe³⁵. Należy jednak poddać pod wątpliwość operacje finansowe o charakterze doraźnym. Środki zgromadzone w OFE nie są źródłem nieograniczonym. Biorąc pod uwagę plany rządu, mogą zostać wyczerpane już w 2018 r., a w chwili obecnej są podstawowym źródłem walki z wciąż rosnącym długiem publicznym, który w 2018 r. będzie wzrastać, a nie będzie już możliwości skorzystania z OFE. W związku z tym powstaje realne zagrożenie, że w najbliższej perspektywie możemy przekroczyć konstytucyjny limit 60% długu publicznego w stosunku do PKB. Trybunał Konstytucyjny w swoim orzeczeniu skoncentrował się przede wszystkim na krótkoterminowych skutkach reformy, zapominając całkowicie o długoterminowej perspektywie ekonomicznej państwa. Dając możliwość ukrywania zobowiązań w ZUS-ie, TK umożliwił możliwość zadłużania się, ale nie zmniejszył obecnie istniejących długów. W konsekwencji skutki takiego działania mogą odczuć przyszłe pokolenia. Ponadto odebrano przyszłym emerytom możliwość dywersyfikacji źródeł ich emerytury, gdyż będą mogli liczyć wyłącznie na świadczenia wypłacane przez ZUS.

Trybunał w swoim orzeczeniu również jednoznacznie podkreślił, że środki zgromadzone w OFE mają charakter publiczny, a nie prywatny, umożliwiając tym samym ich

³⁴ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003 nr 153 poz. 503).

³⁵ PAP, *Morawiecki: Rząd w sprawie OFE trzyma się wcześniejszych ustaleń*, <https://www.obserwatorfinansowy.pl/dispatches/morawiecki-rzad-w-sprawie-ofe-trzyma-sie-wczesniejszych-ustalen/>, 25.12.2016.

transfer z OFE bez konieczności wypłaty słusznego odszkodowania ich właścicielom. Skarżący tę reformę podnosili, że tego typu działanie ma charakter nacjonalizacji, ale Trybunał odrzucił ten zarzut. Interpretacja zastosowana w orzeczeniu budzi pewne wątpliwości w świetle prawa cywilnego, gdyż pomimo publicznego charakteru aktywów, OFE nabywają własność składki przekazanej im przez ZUS oraz uzyskanych za tę składkę aktywów. Z kolei członkowie OFE otrzymują prawa majątkowe o wartości odpowiadającej przypadających na nich części aktywów OFE – w postaci jednostek rachunkowych zapisywanych na ich rachunkach w OFE. Na gruncie prawa cywilnego mają one charakter praw majątkowych, które mogą być przedmiotem dyspozycji rozrządzenia testamentowego, a także wchodzić w skład małżeńskiej wspólności i mogą podlegać podziałowi w razie ustania małżeństwa w trakcie członkostwa w OFE³⁶. Trybunał jednak skupił się w głównej mierze na fakcie, iż środki te mają charakter publiczny, dlatego też ustawodawca ma pełne prawo do dokonywania takich transferów finansowych. W szczególności mając na uwadze normę programową wynikającą z art. 5 Konstytucji RP³⁷, która zobowiązuje władze państwowe do zapewnienia bezpieczeństwa obywatelom, a więc stanu dającego poczucie pewności i stabilności oraz gwarancji jego ochrony. Chodzi przy tym nie tylko o bezpieczeństwo o charakterze politycznym, czy militarnym, ale również bezpieczeństwo prawne, materialne, społeczne czy ekologiczne³⁸. Niewątpliwie zapewnienie odpowiedniego zabezpieczenia emerytalnego również należy do tej kategorii.

3. Podsumowanie

Podsumowując niniejsze rozważania należy podkreślić, że od początku pomysł wprowadzenia drugiego filaru w postaci Otwartych Funduszy Emerytalnych budził wiele wątpliwości ekonomicznych i gospodarczych, jednakże ostatecznie zdecydowano się na ich wprowadzenie. Od 1999 roku Polacy mogli wybierać między ZUS-em i OFE, a także między samymi OFE, których na polskim rynku było około dwudziestu. Przez wiele lat system ten funkcjonował bez większych zastrzeżeń. Dopiero minister finansów Jacek Rostowski postanowił dokonać zmiany tego systemu. Oczywiście należy zwrócić uwagę na fakt, że polski system emerytalny jest na bardzo niskim poziomie i nie zapewnia obywatelom odpowiedniego zabezpieczenia finansowego po osiągnięciu wieku emerytalnego. W szczególności w porównaniu z innymi państwami europejskimi, jak chociażby Szwecja. Nie ulega jednak wątpliwości, że dokonana reforma nie miała na celu wsparcia przyszłych emerytów. Jej głównym celem było przeprowadzenie transferu finansowego, który umożliwił ukrycie zobowiązań państwa w ZUS-ie, a tym

³⁶ P. Pelc, *Po wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie OFE*, <http://www.stefczyk.info/blogi/okiem-prawnika/po-wyroku-trybunalu-konstytucyjnego-w-sprawie-ofe,15290657967>, 25.12.2016.

³⁷ Art. 5 Konstytucji RP: Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli, strzeże dziedzictwa narodowego oraz zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju.

³⁸ M. Florczak-Wątor [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 5*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogizdkmjsha2tsmroobq xalrsgu4dmm>, 25.12.2016.

samym obniżenie długu publicznego z 57% do 49%. W krótkiej perspektywie przyniosło to pozytywne efekty, gdyż Komisja Europejska zdjęła z Polski procedurę nadmiernego deficytu. Z przeprowadzonej reformy korzysta również obecny rząd, który wykorzystując środki z OFE może realizować swoje obietnice wyborcze, w tym szstandarowy program socjalny „500+”. Niestety są to rozwiązania krótkoterminowe, niemające charakteru strukturalnego. Mając na uwadze fakt, iż w Polsce z roku na rok zmniejsza się liczba osób w wieku produkcyjnym należy wyrazić obawę, że w najbliższych latach Polska gospodarka może bardzo negatywnie odczuć działania rządu w ostatnich latach. Trybunał Konstytucyjny uznając reformę za zgodną z Konstytucją RP pozwolił na tego typu działania. Uznanie środków zgromadzonych w OFE za aktywa prywatne uniemożliwiłoby dokonanie reformy i zmusiło rząd do znalezienia innego rozwiązania, które być może w krótkiej perspektywie zmusiłoby rząd do zmniejszenia wydatków socjalnych, ale biorąc pod uwagę długoterminową perspektywę finansową mogłoby pomóc polskiej gospodarce. Trybunał jednak uznał inaczej, stawiając na pierwszym miejscu solidarność społeczną, która jest jedną z podstawowych zasad systemu emerytalnego, a także bezpieczeństwo finansowe państwa, ale istnieje duże niebezpieczeństwo, że w rzeczywistość wyrok TK w przyszłości spowoduje zwiększenie zagrożenia dla bezpieczeństwa finansowego państwa, a nie jego poprawę.

* * *

Reform of the Open Pension Funds – Constitutional Issues

The subject matter of this article is the reform of the Open Pension Funds which was executed in the 2013. Due to the fact that the issue in question relates to the vast majority of the population in the text author will discuss the social, economic and constitutional aspects of this reform.

First of all, the term „social security” as well as the essence of creating Open Pension Funds will be examined. Then the main principles of the reform and the main charges against the reform of the Open Pension Funds related primarily to non-compliance with the Constitution of the Republic of Poland will be discussed. The Constitutional Court’s judgment in this case will be presented, its main thesis, as well as the motives and the consequences of the issued judgment.

Key words: Polish Constitution, Open Pension Funds, social security, pension, retirement

Natalia Olszewska¹

Wzrost znaczenia instytucji marszałka sejmikowego z punktu widzenia podpisów składanych pod aktami sejmikowymi na przykładzie akt ziemi krakowskiej w latach 1572–1632

Streszczenie:

Marszałek sejmikowy był jedną z najważniejszych instytucji lokalnego życia politycznego I Rzeczypospolitej. Urząd ten przez cały okres nowożytny ewoluował, a jego mało znaczące funkcje porządkowe zostały rozszerzone o instrumenty wykonawcze. W początkach XVIII w. posiadał już realną władzę polityczną.

Przedmiotem artykułu jest zbadanie sposobu kształtowania się instytucji marszałka sejmikowego na obszarze ziemi krakowskiej w latach 1572–1632 pod kątem jednego aspektu, a mianowicie podpisów składanych pod aktami sejmikowymi. Jest to kwestia, która w ciągu pierwszych kilkudziesięciu lat, z których posiadamy akta sejmikowe, stopniowo ewoluowała, aż do momentu w którym jedynie marszałek podpisywał się pod uchwałami sejmikowymi.

Do tej pory w historiografii funkcjonowało przekonanie, że kształtowanie się instytucji marszałka sejmikowego zakończyło się w okresie rokoszu Zebrzydowskiego, jednak na podstawie przeprowadzonych badań trzeba wyciągnąć wniosek, że miało to miejsce kilkanaście lat później.

Słowa kluczowe: marszałek sejmikowy, akta sejmikowe, uchwały sejmikowe, XVI-XVII wiek

¹ Uniwersytet Jagielloński.

W okresie I Rzeczypospolitej sejmiki ziemskie były, obok monarchy i sejmu, jedną z trzech najważniejszych instytucji funkcjonującego systemu politycznego². Sejmiki szczyt swego politycznego znaczenia osiągnęły w II połowie XVII w., wraz ze zmianą w znaczeniu obu organów legislacyjny³ i zrywaniem sejmów. Równolegle z wzmacnianiem ich pozycji, trwał w Rzeczypospolitej proces kształtowania oraz doprecyzowania ich struktur i stosowanej podczas obrad procedury. Owej ewolucji został również poddany urząd marszałka sejmikowego, którego znaczenie, w latach 1572–1632, radykalnie wzrosło.

Marszałek sejmikowy to jedna z instytucji wypracowanych podczas obrad zgromadzeń lokalnych, wyznaczona do kierowania ich pracami. Od niego i jego cech osobistych w dużej mierze zależały przebieg i sprawność sejmiku, a to, do jakiego stronnictwa należał, często przesądzało o linii politycznej obranej na konkretnym zgromadzeniu. Przynajmniej w ten sposób rola marszałka była ukształtowana w późniejszym okresie I Rzeczypospolitej, ale ważne jest również, aby dostatecznie dobrze zbadać okres, w którym dochodziło do kształtowania się tego urzędu. Jednak ze względu na skromny materiał źródłowy nie jest możliwe odtworzenie w całości tego procesu. Dlatego właściwie od 1572 r., czyli momentu, w którym dokumenty sejmikowe zaczęto spisywać w księgach grodzkich, historycy rozpoczynają badania nad tą instytucją. Nie były one jednak do tej pory prowadzone na zbyt szeroką skalę.

Najwięcej informacji o instytucji marszałka sejmikowego z przełomu XVI i XVII w. dostarczają prace Andrzeja Józefa Gierowskiego, Jerzego Włodarczyka, Stanisława Płaza czy Karola Mazura. Jak wykazali, przewodniczący zgromadzeń szlacheckich zaczął się pojawiać pod koniec XVI w. – na Mazowszu w 1574 r. (pierwszy podpis 1605 r.)⁴, w województwie sieradzkim w 1587 r.⁵, w poznańskim i kaliskim w 1590 r.⁶ Na Wołyniu i Ukrainie adaptowano wzory z ziem centralnych i miało to miejsce dopiero na początku XVII w. (1601 r.)⁷. Pojawienie się urzędu marszałka było zapewne związane z rozpoczęciem spisywania obszerniejszych uchwał, w czym miał z jednej strony pomagać zagajającemu obrady (wojewodzie), a z drugiej strony miał go kontrolować, aby w uchwałach nie znalazły się żadne nieuzgodnione kwestie⁸. Wraz ze wzrostem roli szlachty, stał się osobą odpowiedzialną za kierowanie obradami⁹. Marszałek miał być wybierany jeszcze przed wystąpieniem legata królewskiego¹⁰, choć np. w Środzie miało

² A. Lityński, *Sejmiki ziemskie koronne Rzeczypospolitej w okresie oligarchii*, Czasopismo Prawno-Historyczne, t. XXXV, 1983, z. 1, s. 183.

³ *Ibidem*.

⁴ J. A. Gierowski, *Sejmik generalny księstwa mazowieckiego na tle ustroju Mazowsza*, Wrocław 1948, s. 20.

⁵ S. Płaza, *Sejmiki i zjazdy szlacheckie województwa sieradzkiego. Ustrój i funkcjonowanie (1572–1632)*, Warszawa 1987, s. 37.

⁶ S. Płaza, *Sejmiki i zjazdy województw poznańskiego i kaliskiego. Ustrój i funkcjonowanie (1572–1632)*, Warszawa 1984, s. 95.

⁷ K. Mazur, *W stronę integracji z Koroną. Sejmiki Wołynia i Ukrainy w latach 1569–1648*, Warszawa 2006, s. 94.

⁸ J. Włodarczyk, *Sejmiki łączyskie*, Łódź 1973, s. 114.

⁹ *Ibidem*, s. 115.

¹⁰ K. Mazur, *W stronę integracji...*, s. 95.

to miejsce dopiero po wotach senatorskich¹¹. Stanisław Płaza twierdzi, że moment obioru zależał od tego, czy senatorowie chcieli brać w nim udział i narzucić szlachcie swojego kandydata¹². Początkowo do zadań marszałka należało jedynie prowadzenie obrad, co miało polegać na udzielaniu głosu, łagodzeniu sporów, a w końcowej perspektywie konkludowaniu i spisaniu uchwały¹³. Zajmował się wówczas tylko kwestiami porządkowymi, a takie sprawy jak podpisanie i oblatowanie uchwały, należały odpowiednio do senatorów i deputatów oraz starosty¹⁴. Jego władza miała się znacznie poszerzyć w pierwszym dziesięcioleciu XVII w., co mogło się wiązać z licznymi zjazdami okresu rokосу sandomierskiego, które miały wówczas miejsce¹⁵. Również na sejmiku łączycim marszałek zaczął się regularnie pojawiać po 1606 r.¹⁶ W pierwszych latach XVII w. zaczął już regularnie podpisywać, pieczętować oraz oblatować uchwały sejmikowe¹⁷. Jednak wciąż miał być jedynie reprezentantem szlachty, ponieważ podpisywał się tylko w jej imieniu i używał tytułu „marszałek koła rycerskiego”¹⁸. Dokonywanie przez niego oblaty miało spowszechnieć w latach dwudziestych XVII w.¹⁹ Powoli zaczął się także zajmować luźno rozumianą kancelarią sejmikową²⁰.

Brak niestety usystematyzowanej wiedzy na temat sposobu kształtowania się instytucji marszałka sejmikowego. Brak jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, kiedy miał zakończyć się ów proces. Znaleźć ją można przede wszystkim w aktach sejmikowych, które należy badać pod kątem różnych informacji – dotyczących obioru marszałka, dalszej kariery owych urzędników, osób dokonujących oblaty, aż wreszcie podpisów składanych pod dokumentami. Niniejszy artykuł został poświęcony tej ostatniej kwestii.

Uchwały sejmikowe

Obrady sejmików ziemskich, na których podejmowano decyzje polityczne, gospodarcze, czy społeczne, kończyły się zazwyczaj spisaniem postanowień w postaci aktu. Wszelkiego typu uchwały uprawomocniano poprzez złożenie podpisów – czy to senatorów, czy to szlachty²¹. Informacje na temat celów, dla których składano pod uchwałami podpisy, pojawiają się wielokrotnie w aktach pochodzących z badanego okresu. Przykładowo uchwała rad i rycerstwa ziemi krakowskiej i sandomierskiej z 19 lipca 1572 r. zakończona została słowami „na których rzeczy postanowienia lepszą pewność

¹¹ S. Płaza, *Sejmiki i zjazdy województw poznańskiego...*, s. 95.

¹² S. Płaza, *Sejmiki i zjazdy szlacheckie województwa sieradzkiego...*, s. 37.

¹³ K. Mazur, *W stronę integracji...*, s. 95.

¹⁴ J.A. Gierowski, *Sejmik generalny Księstwa Mazowieckiego...*, s. 20.

¹⁵ *Ibidem*, s. 20–21.

¹⁶ J. Włodarczyk, *Sejmiki łączycie...*, s. 116.

¹⁷ S. Płaza, *Sejmiki i zjazdy województw poznańskiego...*, s. 95.

¹⁸ Choć w praktyce miał przewodzić również senatorom; zob. S. Płaza, *Sejmiki i zjazdy szlacheckie województwa sieradzkiego...*, s. 40.

¹⁹ S. Płaza, *Sejmiki i zjazdy szlacheckie województwa sieradzkiego...*, s. 41.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ S. Płaza, *Sejmiki i zjazdy szlacheckie województw poznańskiego...*, s. 104.

rękami swymi podpisałiśmy się i pieczęciami swymi zapieczętować kazali”²². Z punktu widzenia kształtowania się funkcji marszałka sejmikowego, jest to bardzo cenny materiał źródłowy, pokazuje bowiem od jakiego momentu to podpis marszałka sejmikowego nadawał dokumentom charakter aktów sejmikowych.

Materiał źródłowy jest niestety pod tym kątem niekompletny. Nie wszystkie zachowane dokumenty są zaopatrzone w podpisy. Z niemal stu czterdziestu sejmików obradujących w latach 1572–1632, jakiegokolwiek akta zachowały się z około siedemdziesięciu, a jedynie około pięćdziesiąt spośród nich posiada podpisy. Nie jest to jedynie wynik nieukształtowanego zwyczaju, ponieważ część podpisów była, ale nie zachowała się, lub miała się pojawić, ale z nieznanego powodu nie stało się tak. Potwierdzenie tego znajdujemy w treści dokumentów. Przykładem: uchwała z grudnia 1575 r., potwierdzona jedynie podpisem marszałka Stanisława Karnińskiego, mimo że w teksie uchwały pojawiło się sformułowanie: „A to wszystko cośmy tu namówili i opisali (...) Ichm panom deputatom wyszej omienionem marszałkowi swemu ku tem sprawom na ten czas obranemu pieczęci swe do tego przyłożyć zlecieli (...) i przy podpisaniu rąk własnych”²³.

Można wymienić wiele dokumentów pozbawionych jakichkolwiek podpisów, mimo podobnych informacji zawartych w teksie uchwały, co utrudnia badanie zagadnienia.

Tradycje

W okresie następującym bezpośrednio po 1572 r. wciąż jeszcze stosowano się do starego zwyczaju, zgodnie z którym każdy obywatel obecny na sejmiku miał prawo złożyć swój podpis pod aktem sejmikowym. Tak więc uchwały z pierwszych lat po 1572 r. zostały uwierzytelnione sporą liczbą podpisów i pieczęci, ale idąc za Stanisławem Płazą nie możemy założyć, że wszyscy biorący udział w obradach podpisywali się pod dokumentami²⁴. Pod uchwałą sejmiku generalnego z sierpnia 1575 r. wśród wielkiej liczby podpisów (w przeważającej jednak ilości złożonych przez senatorów i urzędników ziemskich) pojawiła się informacja, że byli jeszcze inni dostojnicy, którzy podpisu pod aktem nie złożyli²⁵. Bardzo szybko zaczęto odchodzić od tego zwyczaju na rzecz minimalizmu. Starano się zmniejszać liczbę podpisów pod uchwałami sejmikowymi, co wynikało z kwestii technicznych. Zebranie podpisów co najmniej kilkudziesięciu osób (bo tyle pojawiało się w najliczniej „zaopatrzonych” dokumentach) było trudne do przeprowadzenia choćby ze względu na to, że wiele aktów tworzono w kilku egzemplarzach. Stwarzało to sporą komplikację czasową²⁶. Dlatego stopniowo zaczęto odchodzić od tego zwyczaju, ograniczając liczbę podpisów. Nadal jednak zdarzały się akta bogato nimi opatrzone i nie wszystkie spośród nich były opracowywane

²² Uchwała rad i rycerstwa ziemi krakowskiej i sandomierskiej o opatrzeniu granic podgórskich i śląskich, w Krakowie 19 lipca 1572 roku, ASWK, t. I, nr 1, s. 5.

²³ Uchwały sejmiku województwa krakowskiego w Proszowicach 31 grudnia 1575 r., ASWK, t. I..., nr 19, s. 64.

²⁴ S. Płaza, *Sejmiki i zjazdy szlacheckie województw poznańskiego...*, s. 104.

²⁵ Uchwały sejmiku generalnego w Korczynie 24 sierpnia 1577 r., ASWK, t. I, nr 18, s. 59.

²⁶ S. Płaza, *Sejmiki i zjazdy szlacheckie województw poznańskiego...*, s. 104.

na cieszących się własnymi prawami i zasadami zjazdach. Działo się tak np. we wrześniu 1590 r., kiedy uchwała sejmikowa została zakończona dużą liczbą podpisów, wśród których znalazł się marszałek (ale po senatorach i wszystkich innych urzędnikach) oraz spora liczba szlachty²⁷. Było to jednak rzadkie zjawisko i w tym konkretnym przypadku mogło wynikać z prowadzonej przed obradami akcji namawiania do udziału szlachty w lokalnym życiu politycznym, czego sukces w jakiejś formie chciano by uwiecznić²⁸. Warto zwrócić uwagę na dwa inne dokumenty pochodzące z końcowej fazy omawianego okresu – z sierpnia 1626 r.²⁹ i października 1629 r.³⁰ W związku z bezpośrednim niebezpieczeństwem zewnętrznym³¹ na sejmiku proszowickim ustalono wówczas, że „tak ci którzy są osiedli, jako i zastawnicy, arendarze, chociażby gdzie indziej swoje posesyje mieli...”³² stawiać się na pospolite ruszenie, którego prerogatywę zwołania posiadał wojewoda krakowski. Aby nadać większą moc tej szczególnie ważnej deklaracji, uchwały potwierdzono w pierwszym przypadku niemal stronicą podpisów, a w drugiej wprawdzie „jedynie” ponad trzydziestoma, ale było to i tak bardzo dużo jak na trzecie dziesięciolecie XVII w.

Kolejność składanych podpisów

Kolejność pozostawianych pod uchwałami sejmikowymi podpisów była rzeczą zmieniającą się bardzo dynamicznie i chaotycznie. Zostanie ona przeze mnie opisana w kontekście pozycji, jaką zajmował wśród innych marszałek koła rycerskiego. Co ważne, akta sejmikowe województwa krakowskiego, wydane przez Stanisława Kutrzebę, zostały oparte nie tylko na księgach sądowych, ale również rękopisach zachowanych we wszystkich najważniejszych polskich bibliotekach. Wynika to m.in. z faktu, iż do połowy XVII w. co do zasady oblatowano jedynie instrukcje sejmowe, które z punktu widzenia tego referatu odgrywają drugorzędną rolę. Dzięki dotarciu przez Kutrzebę do oryginalnych dokumentów, a nie ich oblatowanej wersji, istnieje możliwość przeanalizowania rzeczywistych podpisów, a nie ich wersji (np. skróconej) zawartej w księgach sądowych.

Pierwszy akt, w którym znajdują się konkretne informacje na temat kolejności sygnatur, pochodzi z sejmiku generalnego małopolskiego z sierpnia 1575 r. Po senatorach

²⁷ Uchwały sejmiku województwa krakowskiego w Proszowicach 10 września 1590 r., ASWK, t. I, nr 52, s. 161.

²⁸ Jest to jedna jedyna taka akcja nakłaniania do licznego udziału w obradach w województwie krakowskim w latach 1572–1632, po której zachował się materiał źródłowy; zob. Zebrani w Krakowie wzywają szlachtę województwa krakowskiego, aby przybyła licznie na sejmik deputacki 10 września do Proszowic. W Proszowicach 15 lipca 1590 r., ASWK, t. I, nr 51, s. 158.

²⁹ Uchwały sejmiku województwa krakowskiego w Proszowicach 14 sierpnia 1626 r., ASWK, t. II, 1621–1648, wyd. A. Przyboś, Kraków 1953, nr 17, s. 60–61 (dalej: ASWK, t. II.).

³⁰ Uchwały sejmiku przedsejmowego województwa krakowskiego w Proszowicach 23 października 1629 r., ASWK, t. II, nr 38, s. 113.

³¹ W listach przedsejmikowych, a potem w uchwałach, mowa jest o „odwróceniu niebezpieczeństw od tej tam Ukrainy” oraz o obronie granic województwa.

³² Uchwały sejmiku przedsejmowego województwa krakowskiego w Proszowicach 14 sierpnia 1626 r., ASWK, t. II, nr 17, s. 60.

(w liczbie czterech) i dostojnikach pojawił się podpis marszałka Piotra Oleśnickiego w imieniu całej niepodpisanej reszty³³. Podobnie przedstawia się ta kwestia w maju 1577 r.³⁴ Marszałek sejmikowy z biegiem czasu „awansował” w hierarchii i jego sygnatura zaczęła pojawiać się coraz wcześniej, bezpośrednio po panach rady. Już w uchwale z września 1587 r. bezpośrednio po wojewodzie Tęczyńskim figurował marszałek koła sejmikowego Mikołaj Zebrzydowski, generał starosta krakowski, a po nim podkomorzy Cikowski i kilku przedstawicieli stanu rycerskiego, którzy nie legitymowali się żadnymi stanowiskami³⁵. W ten sam sposób kształtowała się sytuacja we wrześniu 1589 r. (marszałek Jan Płaza zaraz po kasztelanie wiślickim Mikołaju Ligęzie)³⁶, ale rok później, również we wrześniu, nazwisko marszałka Jana Płazy znalazło się po podpisach dosłownie wszystkich urzędników, nawet tych niższej rangi (np. podczaszym sieradzkim, łowczym krakowskim)³⁷. Po nim pozostała już tylko szlachta nieposiadająca żadnych tytułów. Kolejny przykład, gdy podpis marszałka sejmikowego znalazł się na szarym końcu, miał miejsce na sejmiku deputackim z września 1612 r., kiedy sygnatury zostały złożone w następującej kolejności: panowie rady, starostowie, pomniejsi urzędnicy oraz przedstawiciele szlachty nieutytułowanej, a pośród nich „Stanisław Cikowski podkomorzy ziemie krakowskiej, a na ten czas marszałek koła rycerskiego w Proszowicach [na] elekcyą deputacką zgromadzonego imieniem Ich Mciów”³⁸. Można je jednak uznać za wyjątki, ponieważ do 1632 r. jedynie kilka razy spotykamy się z takim schematem i niemal za każdym razem było to związane z bezpośrednim zagrożeniem zewnętrznym. Zdecydowanie najczęstszą formą (przy większej liczbie podpisów) było pozostawienie podpisu przez marszałków bezpośrednio po panach rady.

„Obecność” senatorów w aktach sejmikowych

Najczęstszą formą uwierzytelniania dokumentów sejmikowych było podpisywanie ich, obok senatorów i marszałka, przez dużą liczbę przedstawicieli szlachty i urzędników ziemskich. Bez wątpienia osobami odgrywającymi ważną rolę podczas obrad sejmikowych byli senatorowie, co bezpośrednio przekładało się na owe podpisy³⁹. Zdarzały

³³ Uchwały sejmiku generalnego w Korczynie 24 sierpnia 1577 r., ASWK, t. I, nr 18, s. 59.

³⁴ Sejmik główny Małopolski 5 kasztelanów i jeden starosta oraz Piotr Oleśnicki „imieniem rycerstwa i posłów ziemskich z rozkazania; zob. Pełnomocnictwo, dane posłom, wysłanym do króla Stefana z sejmiku głównego małopolskiego w Nowem Mieście Korczynie 15 maja 1577 r., ASWK, t. I, nr 21, s. 70.

³⁵ Uchwały sejmiku województwa krakowskiego w Proszowicach 19 września 1587 r., ASWK, t. I, nr 42, s. 132.

³⁶ Uchwały sejmiku deputackiego województwa krakowskiego w Proszowicach 11 września 1589 r., ASWK, t. I, nr 43, s. 135.

³⁷ Uchwały sejmiku województwa krakowskiego w Proszowicach 10 września 1590 r., ASWK, t. I, nr 52, s. 161.

³⁸ Uchwała sejmiku deputackiego w Proszowicach 10 września 1612 r. o okazowaniu, które naznaczono pod Kazimierzem na 18 października 1612 r., ASWK, t. I, nr 110, s. 341.

³⁹ Podpisy senatorskie mogą mieć również związek z ciążącym na nich pod groźbą kary od początku XVI w. obowiązkiem uczestniczenia w obradach sejmikowych; zob. S. Płaza, *Sejmiki i zjazdy szlacheckie województw poznańskiego...*, s. 90.

się akta, w których brak było w ogóle podpisów senatorskich (pomimo ich obecności w trakcie obrad), ale były to zwykle albo mało istotne albo z jakiegoś powodu odmienne dokumenty⁴⁰. Miały również miejsce sytuacje, w których senatorowie nie uwierzytelniali tradycyjnych uchwał sejmikowych, pomimo udokumentowanej ich obecności w trakcie sejmiku. Kwestię tę chociaż w niewielkim stopniu powinien wyjaśnić diariusz z sejmiku przedsejmowego z listopada 1584 r.⁴¹ – zgromadzenia znanego historykom głównie w kontekście sprawy Zborowskich, która bezdyskusyjnie zdominowała obrady. W Proszowicach zebrało się trzech senatorów (biskup krakowski, wojewoda krakowski i kasztelan biecki⁴²) oraz duża ilość podzielonej poglądowo szlachty. Zwolennicy Zborowskich, z pomocą ówczesnego marszałka Stanisława Cikowskiego, przeciągali obrady licząc na odjazd senatorów i możliwość samodzielnego sformułowania uchwał. Dwóch spośród trzech obecnych odjechało nie czekając na tzw. konkluzje. Warty do zacytowania jest fragment mówiący o sprzecznie trzeciego spośród nich (kasztelana bieckiego) wobec odjazdu senatorów przez zakończeniem obrad:

napomniał IchM. aby nie odjeżdżali (...) przekładając jem to, żeby to było cum illorum indignitate, gdyby sama szlachta bez nich artykuły na sejm posłom spisować i pieczętować miała, gdyż to tak przedtem nigdy nie bywało⁴³.

Powszechnie uznawanym standardem była więc obecność senatorów w trakcie obrad i podpisywanie przezeń wytworzonych dokumentów. Nie jesteśmy niestety w stanie określić czy zdarzały się często sytuacje, podczas których obecni senatorowie nie składali podpisów pod dokumentami sejmikowymi. Potwierdzone jest tylko jedno takie zgromadzenie (nie będące sejmikiem, a rokami ziemskimi) podczas którego marszałek koła rycerskiego konfirmował uchwałę również w imieniu obecnych podczas obrad senatorów. Poselstwo w sprawie lisowczyków podpisane zostało przez Stanisława Janowskiego z Opatowic „imieniem IchM. PP senatorów i urzędników koronnych i rycerstwa wszystkiego”⁴⁴. Jest to jedyna sytuacja w latach 1572–1632 kiedy mamy pewność, że marszałek podpisał się również w imieniu lokalnych przedstawicieli Senatu.

Tak jak w XVI w. i pierwszym dziesięcioleciu XVII w. podpisy senatorów zdarzały się często i były rzeczą naturalną, tak w późniejszym okresie spotykamy je stosunkowo rzadko. Po 1620 r. pojawił się nawet dokument konfirmowany najpierw przez marszałka, a dopiero po nim przez przedstawiciela rady, co miało miejsce w marcu 1626 r.⁴⁵ W latach 1620–1632 jedynym senatorem silnie widocznym w uchwałach sejmikowych

⁴⁰ Mowa tu np. o owych uniwersałach marszałkowskich poświadczających wybór sędziego do trybunału koronnego.

⁴¹ Dyaryusz sejmiku województwa krakowskiego w Proszowicach 7–10 listopada 1584 r., ASWK, t. I, nr 35, s. 105–113.

⁴² Byli to odpowiednio: Piotr Myszkowski, Andrzej Tęczyński oraz Mikołaj Firlej.

⁴³ Dyaryusz sejmiku województwa krakowskiego w Proszowicach 7–10 listopada 1584 r., ASWK, t. I, nr 35, s. 111.

⁴⁴ Poselstwo w sprawie Lisowczyków do króla Zygmunta III z zjazdu szlachty województwa krakowskiego na rokach ziemskich. Z Krakowa 14 stycznia 1620 r., ASWK, t. I, nr 133, s. 412.

⁴⁵ Marszałkiem był wówczas Hieronim Przyłęcki z Przyłęka, złożył swój podpis przed kasztelanem oświęcimskim Andrzejem Zborowskim; zob. Uniwersał sejmiku posejmowego województwa krakowskiego

jest Jerzy Zbaraski, kasztelan krakowski. Wydaje się, że był on człowiekiem bardzo zaangażowanym w lokalne życie polityczne, ponieważ jego podpis możemy znaleźć pod większością uchwał z tego okresu (co jest ewenementem), a jeśli na sejmiku nie mógł z jakiegoś powodu się stawić, wysyłał nań swoje wotum⁴⁶. O skali jego poczucia politycznej odpowiedzialności za kraj świadczy choćby fakt, że był pierwszym świeckim senatorem (jako kasztelan krakowski), który na jedenaście możliwych sejmów, uczestniczył w pięciu. Aktywność żadnego innego przedstawiciela rady nie jest tak widoczna w aktach sejmikowych z lat dwudziestych XVII w. Nieobecność większości senatorów wynika zapewne ze zmiany stosunków społecznych i prowadzenia działalności politycznej za pośrednictwem rozszerzającego się grona klienteli. W inny sposób wpływno więc na przebieg obrad. Jednak bezpośrednia obecność Jerzego Zbaraskiego musiała mieć wpływ na wysoki autorytet wśród szlacheckiej społeczności lokalnej.

Podpis marszałka

Upraszczenie procedury tworzenia aktów sejmikowych spowodowało, że wraz z kształtowaniem i rozwojem funkcji marszałka sejmikowego, coraz częściej zdarzały się sytuacje, w których właśnie on uwierzytelniał akt swoim podpisem, złożonym w imieniu koła rycerskiego. Pierwszy raz taka sytuacja miała miejsce w lipcu 1575 r., kiedy to pod uchwałą sejmiku proszowickiego znalazło się stwierdzenie: „Piotr Oleśnicki z Oleśnik ręką swą subscripsit”⁴⁷. Jest to jednocześnie pierwszy zachowany podpis marszałka sejmiku proszowickiego. Od tego momentu przy większości dokumentów (z zachowanymi podpisami) pojawia się również należący do przewodniczącego koła rycerskiego. W okresie po 1575 r. (czyli po odnotowaniu pierwszego podpisu marszałkowskiego) pojawiło się zaledwie kilka uchwał sejmikowych pod którymi brak było podpisu marszałka. Ze względu na znaczenie tej informacji, jak i skromną ich liczbę, w niniejszej pracy zostaną przedstawione wszystkie. Trzeba jeszcze nadmienić, że mowa jest tutaj jedynie o uchwałach, ponieważ żadne inne akta sejmikowe (w tym najczęściej spotykane instrukcje i protestacje) nie są w żaden sposób miarodajne ze względu na ich tradycyjną w tym okresie formę pozbawioną podpisu marszałka czy podpisów w ogóle.

Na sejmiku proszowickim miały miejsce dwa odstępstwa od zasady uwierzytelniania dokumentów przez marszałka koła rycerskiego. Oprócz nich pod wszystkimi aktami zachowały się lub miały się pojawić, samodzielnie lub wspólnie z innymi, podpisy marszałkowskie. Pierwszy z wyjątków miał miejsce w grudniu 1604 r. i dotyczył wprowadzenia instrukcji dla posłów na sejm, a nie uchwały, ale instrukcja ta wyróżnia się znacznie od innych zachowanych z tego okresu i posiada kilka istotnych znamion charakteryzujących

o wyborze poborców w Proszowicach 31 marca 1626 r., ASWK, t. II, nr 15, s. 57. Hieronim Przyłęcki był wówczas stolnikiem krakowskim i aktywnym działaczem sejmikowym.

⁴⁶ Np. nie stawił się w związku z morowym powietrzem na sejmik przedsejmowy z grudnia 1622 r., na który wysłał jednak swoje wotum; zob. Wotum ks. Jerzego Zbaraskiego, kasztelana krakowskiego, na sejmik przedsejmowy województwa krakowskiego w Proszowicach 13 grudnia 1622 r., ASWK, t. II, nr 2, s. 3–8.

⁴⁷ Uchwały sejmiku województwa krakowskiego w Proszowicach 11 lipca 1575 r., ASWK, t. I, nr 17, s. 55.

uchwały sejmikowe, m.in. tradycyjny wstęp („My rada i rycerstwo województwa krakowskiego”), zamiast podpisów poselskich, podpisy osób tradycyjnie konfirmujących uchwały sejmikowe⁴⁸. W instrukcji tej znalazły się sygnatury pozostawione przez kilku przedstawicieli sejmiku tj. Bernarda Maciejowskiego, biskupa krakowskiego, Mikołaja Zebrzydowskiego, wojewodę i generała krakowskiego oraz dwóch deputatów – Pawła Marchockiego, starostę czchowskiego, i Melchiora Michałowskiego⁴⁹. Przedstawicielstwo koła rycerskiego zostało więc zapewnione poprzez wybór deputatów, a nie poprzez tradycyjny podpis marszałka sejmikowego. Trzeba dodać, że najprawdopodobniej podczas tego sejmiku marszałek został wybrany, byłby nim wówczas Andrzej Stadnicki. Dowiadujemy się tego z listy posłów na sejm, na której obok jego nazwiska pojawił się tytuł marszałka (nie był to tytuł z lat poprzednich). Bardzo podobna instrukcja zachowała się z sejmiku z grudnia 1608 r.⁵⁰, tym jednak razem nie zabrakło podpisu marszałka koła rycerskiego (był nim wówczas Stanisław Lubomirski) oraz w styczniu 1618 r., kiedy przedstawicielem szlachty był Hieronim Przyłęcki⁵¹.

Druga sytuacja, podczas której zabrakło podpisu marszałka sejmikowego, miała miejsce w sierpniu 1618 r., kiedy to obrady zostały zakończone uchwałą podpisaną przez obecnych senatorów (Mikołaja Zebrzydowskiego wojewodę i generała krakowskiego, Andrzeja Zborowskiego kasztelana oświęcimskiego), drobnych urzędników oraz wielu przedstawicieli szlacheckich⁵². Nikt spośród nich nie wykazuje się tytułem marszałka sejmikowego. I tym razem warto zwrócić uwagę na odrębności, jakimi charakteryzuje się sierpniowy sejmik proszowicki, a które upodobniają go do staropolskiego okazowania. Sejmik złożony został przez wojewodę i generała krakowskiego Mikołaja Zebrzydowskiego, ze względu na narastające zagrożenie najazdem tatarskim, a jak wiemy, okazowania miały zazwyczaj charakter ściśle militarny. W tekście uchwały brak mowy o czynności elekcji marszałka.

Naprzód podziękowawszy JM. P. wojewodzie, naszemu miłościwemu panu, za tę czułość i w powołaniu swoim pilność, teśmy między sobą rzeczy zgodnie namówili⁵³.

Z tego fragmentu można wywnioskować, że na sejmiku w ogóle do obioru marszałka mogło nie dojść, wiemy bowiem że elekcja już w tym okresie była pierwszym punktem obrad, a uchwała sejmikowa nie wspomina o obiorze marszałka. Jest to cecha charakterystyczna dla okazowania równoległe z inną, tj. sporą liczbą podpisów pojawiających się pod uchwałami, dającą wrażenie zebrania podpisów wszystkich obecnych, z czym

⁴⁸ Instrukcja dana posłom na sejm z sejmiku województwa krakowskiego w Proszowicach 16 grudnia 1604 r., ASWK, t. I, nr 83, s. 252–259.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 259.

⁵⁰ Instrukcja dana posłom na sejm z sejmiku województwa krakowskiego w Proszowicach 13 grudnia 1608 r., ASWK, t. I, nr 109, s. 338.

⁵¹ Instrukcja dana posłom na sejm z sejmiku województwa krakowskiego w Proszowicach 2 stycznia 1618 r., ASWK, t. I, nr 124, s. 385.

⁵² Uchwała sejmiku województwa krakowskiego w sprawie obrony. W Krakowie 10 sierpnia 1618 r., ASWK, t. I, nr 125, s. 388.

⁵³ *Ibidem*, s. 386.

mamy do czynienia również przy tej uchwale. Dlatego można śmiało stwierdzić, że te dwa wyjątki potwierdzają regułę, zgodnie z którą już w pierwszych latach spisywania uchwał sejmikowych funkcjonowała zasada, że przewodniczący koła rycerskiego konfirmuje swoim podpisem autentyczność tekstu.

Omawiając akta pozostawione przez sejmik generalny małopolski warto nadmienić, że w tym wypadku proporcje rozkładają się odwrotnie, na niekorzyść dla marszałka, którego podpis pojawiał się stosunkowo rzadko. W latach 1572–1632 miało miejsce pięć takich sejmików, spośród których tylko dwa pierwsze zakończone zostały uchwałami podpisanymi przez ówczesnych przewodniczących zgromadzenia. W maju 1578 r. odbył się w Nowym Mieście Korczynie generał, po którym zachowana została odpowiedź dana ówczesnemu królowi Stefanowi Batoremu⁵⁴. Pojawił się wprawdzie pod nią podpis Piotra Oleśnickiego (czyli człowieka wielokrotnie w owym okresie wybieranego na marszałka), ale funkcjonujący jako podpis „deputowanego do spisowania namów wyżej opisanych”⁵⁵ a nie marszałka (obok podpisu jednej jeszcze osoby Jana z Sienny, kasztelana żarnowskiego). W całkowicie odmienny, ale bardzo ciekawy sposób, ukształtowała się sytuacja w trakcie generału odbywającego się w styczniu 1582 r.⁵⁶ Pod uchwałą zachowały się podpisy pięciu osób-posłów, przy czym każda z nich reprezentowała inne województwo, co ciekawe brak było wśród nich przedstawiciela województwa krakowskiego. Żaden z nich nie legitymował się tytułem marszałka sejmikowego⁵⁷. Bardzo podobnie wyglądała kwestia na ostatnim zanotowanym do 1632 r. sejmiku generalnym małopolskim z lutego 1606 r. Pod uniwersałem znalazły się podpisy wojewody Mikołaja Zebrzydowskiego (jako jedyne go przedstawiciela rady) oraz sześciu posłów z województw sandomierskiego i krakowskiego⁵⁸. Wydaje się więc stosunkowo prawdopodobnym, że bardzo szybko osoba marszałka przestała na generale małopolskim odgrywać ważną rolę. Na pięć sejmików generalnych małopolskich, z których zachowały się uchwały zakończone podpisami, tylko pierwsze dwie podpisy marszałkowski posiadają.

Uniwersały marszałkowskie

Rzadko zdarzało się, aby tak jak w cytowanym już akcie z lipca 1575 r., podpis marszałka funkcjonował samodzielnie. Zwykle miało to miejsce np. przy aktach o stosunkowo niskiej randze, jak choćby przy dokumencie z sejmiku deputackiego odbywającego się we wrześniu 1602 r. stwierdzającym szlachectwo, zakończonym jedynie podpisem marszałka Stanisława Cikowskiego⁵⁹. Jednak znamy kilka dokumentów, na które warto zwrócić szczególną

⁵⁴ Odpowiedź dana królowi Stefanowi w sprawie uchwały podatków z sejmiku głównego województw krakowskiego i sandomierskiego w Korczynie 24 maja 1578 r., ASWK, t. I, nr 28, s. 89–91.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 91.

⁵⁶ Uchwała poborowa sejmiku głównego małopolskiego w Nowym Mieście Korczynie 19 stycznia 1582 r., ASWK, t. I, nr 32, s. 96–98.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 98.

⁵⁸ Uniwersał sejmiku głównego małopolskiego w Korczynie z 23 lutego 1606 r. o zjechaniu się w Stężyca na 9 kwietnia 1606 r., ASWK, t. I, nr 88, s. 283.

⁵⁹ Stwierdzenie szlachectwa Krzysztofa Marczysha z Zagórzan przez sejmik województwa krakowskiego w Proszowicach 9 września 1602 r., ASWK, t. I, nr 79, s. 242.

uwagę. Bardzo ciekawa sytuacja wytworzyła się bezpośrednio po powołaniu Trybunału Koronnego. Na mocy konstytucji sejmowej z 1578 r. powstał nowy rodzaj zgromadzeń, czyli tzw. sejmiki deputackie, podczas których województwa wybierały swoich przedstawicieli do lubelskiego sądu zastępującego dotychczasowe sądownictwo królewskie. Powstał nowy rodzaj aktów sejmikowych (co wynikało zapewne z braku praktyki), a mianowicie uniwersał marszałka sejmikowego informujący o tym, kto owym deputatem w określonym roku został wybrany. Naturalną konsekwencją było zaopatrzenie tego typu dokumentu w podpis jedyne go autora, czyli właśnie marszałka koła rycerskiego. Pierwszy (i przedostatni) tego typu dokument pojawił się na inauguracyjnym zebraniu proszowickiego sejmiku deputackiego we wrześniu 1579 r. i został wydany przez Stanisława Karnińskiego Iwana z Aleksandrowic⁶⁰. Znany jest jeszcze jeden taki akt, wydany rok później przez ówczesnego marszałka Mikołaja Dłuskiego z Kotwicza we wrześniu 1580 r.⁶¹ Najwyraźniej praktyka ta nie znalazła uznania i została zarzucona tak szybko, jak szybko się pojawiła, są to bowiem jedyne tego typu dokumenty. Każdy kolejny sejmik deputacki, z którego jakiegokolwiek aktu się zachowały, kończył się przyjęciem uchwały całej szlachty rozpoczynającej się od tradycyjnego „my rady i rycerstwo” zamiast wprowadzonego w uniwersale marszałka sejmikowego, jako przykład podając akt z 1580 r., w którym we wstępie czytamy: „Mikołaj Dłuski z Kotwicza imieniem woj. krakowskiego mając to poruczenie od wszystkiego rycerstwa...”⁶². Trzeba zaznaczyć, że w obu tych aktach wybór deputata jest jedynym postanowieniem, a w późniejszym okresie podczas obrad sejmiku deputackiego podejmowano również inne decyzje, co wymagało tradycyjnej procedury spisywania uchwał⁶³.

Podobne było znaczenie listów wydawanych przez marszałków sejmikowych. Z okresu 1572–1632 zachował się niestety tylko jeden, powstały podczas sejmiku przedsejmowego z grudnia 1625 r. Dokument ten, skierowany do rektora Akademii Krakowskiej ks. Jakuba Neymana również rozpoczyna się nazwiskiem marszałka koła rycerskiego i kończy się jedynie jego podpisem⁶⁴. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden akt wydany jedynie przez przewodniczącego sejmiku. Mowa o uniwersale marszałka Hieronima Przyłęckiego ogłaszającym do szlacheckiej wiadomości nazwiska poborców wybranych dla zbierania podatków na poszczególnych obszarach województwa. Również on wpisuje się w przedstawiony wyżej schemat⁶⁵. Na koniec trzeba dodać, że każdy z wyróżnionych

⁶⁰ „Czego wszystkiego na istotę pewną pieczęć swą przykładam i ręką swą własną podpisuję (...) Idem qui supra manu propria subscripsit”; zob. Uniwersał Stanisława Karnińskiego Iwana marszałka sejmiku deputackiego województwa krakowskiego, iż deputatem na trybunał wybrano Piotra Oraczowskiego. Z Proszowic 14 września 1579 r., ASWK, t. I, nr 30, s. 93.

⁶¹ Uniwersał Mikołaja Dłuskiego marszałka sejmiku deputackiego województwa krakowskiego, iż deputatem na trybunał wybrano Macieja Misiowskiego. Z Krakowa 29 października 1580 r., ASWK, t. I, nr 31, s. 94–95.

⁶² *Ibidem*, s. 94.

⁶³ Przykładowo we wrześniu 1589 r. podjęto decyzję o uchwaleniu poboru, na sejmiku deputackim podejmowano więc decyzje „typowe” dla sejmików innego rodzaju.

⁶⁴ List Jana Zebrzydowskiego, miecznika koronnego, do ks. Jakuba Neymana, rektora Akademii Krakowskiej, z Proszowic 19 grudnia 1625 r., ASWK, t. II, nr 13, s. 54.

⁶⁵ Dokument rozpoczyna się od słów: „Hieronim Przyłęcki z Przyłęka stolnik województwa krakowskiego, marszałek na sejmiku elekcyjnej panów poborców...”; zob. Uniwersał Hieronima Przyłęckiego,

przeze mnie dokumentów został wydany dla poświadczenia jednej konkretnej kwestii, nie miał charakteru całościowej uchwały sejmikowej, jego ranga nie była wysoka, zostały spisane już po zakończeniu obrad. To wszystko może świadczyć o tym, że do marszałka należała już kwestia spisywania i wydawania dokumentów mniejszej wagi, bardziej związanych z kwestiami administracyjnymi niż życiem politycznym.

Uchwały podpisane jedynie przez marszałka

Jednak z naszego punktu widzenia największe znaczenie ma skala i częstotliwość, w jakiej pojawiały się uchwały sejmikowe podpisane jedynie przez marszałka koła rycerskiego. Wynika to z faktu, iż w późniejszym okresie, gdy sposób redagowania dokumentów i poszczególne funkcje były już w pełni ukształtowane, wszelkie lauda były confirmowane jedynie przez marszałka, jako reprezentanta całego sejmiku (nie funkcjonowały wówczas nawet podpisy obecnych w trakcie obrad senatorów). Bardzo często jego podpis był poprzedzony charakterystycznym zwrotem, który miał oddawać wolę ogółu stworzenia dokumentu notyfikowanego jedynie przez przedstawiciela szlachty. Dla przykładu akt konfederacji województwa krakowskiego z lipca 1574 r. został zakończony słowami:

a dla lepszego świadectwa i pewności pieczęciami podpieczętowaliśmy imieniem wszystkich, którą do grodów ku obwołaniu i aktywowaniu posyłamy⁶⁶.

Jako że samodzielne podpisy marszałka pojawiają się od samego początku lat siedemdziesiątych XVI w., można śmiało stwierdzić, że był to okres w którym zasada ta była już silnie ukształtowana (choć nie całkowicie skoro wciąż pojawiały się choćby jednostkowe podpisy szlacheckie).

Jak zostało już powiedziane, pierwszy dokument podpisany jedynie przez marszałka koła rycerskiego pojawił się w lipcu 1575 r. Kolejna taka uchwała została confirmowana w grudniu 1575 r. przez Stanisława Karnińskiego, ale trzeba w tym miejscu dodać, że z treści dokumentu wynika, iż w trakcie obrad sejmikowych zostało wybranych kilku deputatów, którzy również mieli się pod laudum podpisać, ale z niewiadomych przyczyn nie zrobili tego⁶⁷. Po tym wydarzeniu nastąpiła kilkuletnia przerwa do września 1579 r., zakończona pierwszym proszowickim sejmikiem deputackim, podczas którego obrad pierwszy raz „wyprodukowano” autorski uniwersał marszałka rycerskiego (w tym przypadku Stanisława Karnińskiego Iwana), podpisany oczywiście jedynie przez niego. Kolejny akt potwierdzony jedynie przez marszałka koła rycerskiego został uchwalony we wrześniu 1602 r. podczas sejmiku deputackiego⁶⁸. Tak samo wyglądała ta kwestia we wrześniu 1613 r., również po zakończeniu obrad zwołanych dla wyboru sędziego

marszałka sejmiku województwa krakowskiego ogłaszający poborców wybranych przez sejmik posejmowy z Proszowic 31 marca 1626 r., ASWK, t. II, nr 16, s. 57.

⁶⁶ Konfederacja województwa krakowskiego zawiązana w Proszowicach 16 lipca 1574 r., ASWK, t. I, nr 13, s. 42.

⁶⁷ Uchwały sejmiku województwa krakowskiego w Proszowicach 11 lipca 1575 r., ASWK, t. I, nr 17, s. 55.

⁶⁸ Stwierdzenie szlachectwa Krzysztofa Marczysha z Zagórzan przez sejmik województwa krakowskiego w Proszowicach 9 września 1602 r., ASWK, t. I, nr 79, s. 242.

do Trybunału Koronnego⁶⁹. W późniejszym okresie miało to miejsce również w grudniu 1618 roku⁷⁰. Jednak radykalny wzrost liczby tego typu laudów miał miejsce w latach dwudziestych XVII w. – osiem z czternastu dokumentów (z pominięciem instrukcji) zostało podpisanych jedynie przez marszałka koła rycerskiego. Warto w tym miejscu zauważyć, że większa część spośród tych dokumentów powstała w trakcie stosunkowo nowego typu sejmiku tj. deputackiego, który działał w związku z powstaniem Trybunału Koronnego. Jednak wraz z upływem czasu liczba dokumentów potwierdzonych tylko przez przewodniczącego zgromadzenia powiększała się i od początku lat dwudziestych XVII w. coraz rzadziej zdarzały się jakiegokolwiek dokumenty podpisane przez więcej osób niż samego marszałka koła rycerskiego.

Do grupy aktów, przy których confirmacji najważniejszą rolę odgrywał marszałek sejmikowy należały również te, które zostały podpisane przez przewodniczącego koła rycerskiego oraz kilka innych osób, często pozbawionych tytułów. Nierzadko spotykane były podpisy osób trudnych do sklasyfikowania do którejkolwiek z grup (czyli po prostu szlachta, często nieurzędnicza, niepełniąca na sejmiku żadnej funkcji) podpisujących się obok panów rady i marszałka lub w tym przypadku samego marszałka. Było to zwykle kilka nazwisk pojawiających się na samym końcu dokumentu. Najprawdopodobniej był to w jakiejś formie relikw z przeszłości, czyli z czasów kiedy pod laudami umieszczano podpisy wszystkich obecnych, a przynajmniej starano się to zgodnie z tradycją robić. Jednym z pierwszych przykładów dokumentu pod którym znalazły się podpisy przedstawicieli zwykłej szlachty jest uchwała sejmiku proszowickiego z września 1587 r. zakończona sygnaturami wojewody krakowskiego Tęczyńskiego, marszałka Mikołaja Zebrzydowskiego oraz podkomorzego Stanisława Cikowskiego i pięciu przedstawicieli rycerstwa⁷¹. Tego typu dokumentów zachowało się stosunkowo dużo, gorzej z laudami podpisanymi jedynie przez marszałka sejmikowego i kilku reprezentantów drobnej szlachty. Pierwsze z nich pojawiły się dopiero pod koniec omawianego okresu, zaczynając od marca 1614 r., kiedy to laudum zostało potwierdzone, obok marszałka, przez starostę oraz pięciu nie-tytułowanych szlachciców⁷². Tak samo działo się po dwóch latach w lipcu 1616 r. (obok podpisu marszałka Sobieskiego widać jedynie trzy pozostałe)⁷³ i jest to ostatni tego typu przykład. W moim przekonaniu akta te powinny być rozpatrywane w ścisłym związku z tymi, które zostały podpisane jedynie przez marszałka sejmikowego, ponieważ w żaden sposób nie podważają pozycji przedstawiciela koła rycerskiego, a dodawane podpisy członków społeczności szlacheckiej są jednym z ostatnich świadectw przeszłości.

⁶⁹ Uchwała sejmiku deputackiego województwa krakowskiego o salarium dla szafarza w Proszowicach 9 września 1613 r., ASWK, t. I, nr 113, s. 349–350.

⁷⁰ Świadcstwo dla Wojciecha Poremskiego, wydane przez sejmik województwa krakowskiego w Proszowicach 11 grudnia 1618 r., ASWK, t. I, nr 128, s. 398–399.

⁷¹ Uchwały sejmiku województwa krakowskiego w Proszowicach 19 września 1587 r., ASWK, t. I, nr 42, s. 132.

⁷² Uchwała sejmiku województwa krakowskiego w sprawie szóstego poboru w Proszowicach 24 marca 1614 r., ASWK, t. I, nr 115, s. 354.

⁷³ Uchwała sejmiku posejmowego województwa krakowskiego w Proszowicach 12 lipca 1616 r., ASWK, t. I, nr 118, s. 387.

Deputaci

Osobną kwestią są podpisy składane przez deputatów, czyli osoby, które tak samo jak marszałek miały reprezentować forum szlacheckie poprzez redagowanie, podpisywanie i oblatowanie dokumentów⁷⁴. Niemal równolegle z rozpoczęciem wpisywania aktów do ksiąg grodzkich i ziemskich pojawiła się nowa instytucja reprezentująca szlachtę obradującą w Proszowicach. Było to zawsze kilka osób oddelegowanych do współpracy przy spisywaniu, podpisywaniu lub oblatcie dokumentów „produkowanych” podczas obrad sejmikowych (ale nie zawsze wybierano ich do pełnienia wszystkich trzech funkcji, bardzo często jedynie do jednej z nich, ale nie zdarzało się aby przy pracy nad jednym aktem wybierano kilka deputacji). Pierwszą informację na ten temat posiadamy z maja 1578 r., kiedy to pod odpowiedzią daną królowi znalazły się podpisy „deputowanych do spisowania namów wyżej opisanych”⁷⁵. Kolejny raz, po prawie 10-letniej przerwie, we wrześniu 1587 r. pod uchwałą sejmikową podpisał się wojewoda krakowski Andrzej Tęczyński, marszałek Mikołaj Zebrzydowski, podkomorzy Stanisław Cikowski oraz pięciu przedstawicieli nieposiadającego tytułów rycerstwa⁷⁶. W akcie tym została zawarta również informacja wyjaśniająca czemu pod dokumentem znalazło się tak mało podpisów, co do tej pory sprawiało wrażenie nieusystematyzowanego i wynikającego z strictly strategicznych przesłanek.

A iż wszyscy dla wielkiego zgromadzenia trudno się podpisować i pieczętować na postanowienie mieli, tedyśmy to zlecieli pewnym osobom na to od nas ku JM. Panu staroście krakowskiemu, marszałkowi na ten czas koła naszego, przydanym i wysadzonym⁷⁷.

Najprawdopodobniej była to bardzo świeża praktyka, nieznana jeszcze w innych województwach i jako rzecz nowa wymagająca zdaniem szlachty wyjaśnienia⁷⁸. Świadczy o tym wysłany w lutym 1590 r. przez część szlachty list do nieznanego nam sejmiku innego województwa⁷⁹. Zostało w nim wyjaśnione, że spośród siebie szlachta wybrała kilka osób

co tak u W.M. naszych m. panów a braci, niech wazono będzie, jakobyśmy się wszyscy których nas wielka liczba beła, własnymi rękami podpisać i pieczęci przykładać miely, prosimy⁸⁰.

⁷⁴ S. Płaza, *Sejmiki i zjazdy szlacheckie województw poznańskiego...*, s. 101.

⁷⁵ Odpowiedź dana królowi Stefanowi w sprawie uchwały podatków z sejmiku głównego województw krakowskiego i sandomierskiego w Korczynie 24 maja 1578 r., ASWK, t. I, nr 28, s. 91.

⁷⁶ Uchwały sejmiku województwa krakowskiego w Proszowicach 19 września 1587 r., ASWK, t. I, nr 42, s. 132.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Na sejmiku średzkim pierwszy raz instytucja deputatów pojawiła się w 1616 r.; zob. S. Płaza, *Sejmiki i zjazdy szlacheckie województw poznańskiego...*, s. 101.

⁷⁹ List części szlachty, zebranej na sejmiku przedsejmowym województwa krakowskiego, z 20 lutego 1590 r., ASWK, t. I, nr 45a, s. 431–433.

⁸⁰ *Ibidem*, s. 433.

W 1591 r. owi przedstawiciele wyznaczeni do podpisania dokumentów nazwani zostali deputatami, co przez najbliższe lata stało się powszechną praktyką. W liczbie pięciu byli jedynymi osobami (oprócz marszałka Kaspra Kempskiego), które umieściły swój podpis pod uchwałą z marca 1591 r.⁸¹ W okresie rokoszu Zebrzydowskiego osoby deputatów zaczęły pojawiać się bardzo często, aby w 1607 r. podpisać się pod uchwałami każdego sejmiku, z którego zachowały się jakiekolwiek informacje na temat podpisów⁸². Praktyka ta szybko zanikła, od 1612 r. instytucja deputatów nie występowała (z wyjątkiem zjazdu z maja 1619 r.⁸³) i została zastąpiona przez znane wcześniej rozwiązania. Automatycznie przychodzi na myśl porównanie owych deputatów do XVIII-wiecznych asesorów, wybieranych marszałkowi do pomocy. Ale wielu historyków postrzega instytucję asesorów jako formę pomniejszenia prerogatyw i znaczenia marszałka koła rycerskiego, co nie mogło mieć miejsca w tym przypadku ze względu na skromne uprawnienia owych deputatów. Wydaje się więc, że w przypadku deputatów był to sposób na nadanie powstającym laudom większej autentyczności i forma usprawnienia redagowania aktów sejmikowych. Tworzyła się bowiem dopiero tradycja, zgodnie z którą marszałek miałby podpisywać akta sejmikowe imieniem całej społeczności szlacheckiej, być może nie dla wszystkich parafowanie laudum jedynie przez przewodniczącego koła rycerskiego było równoznaczne z nadaniem mu mocy autentycznej.

Instrukcje poselskie

Zdecydowanie prościej wygląda sprawa instrukcji poselskich, czyli dokumentów spisanych na sejmiku w formie punktów, którymi kierować się mieli posłowie obrani na najbliższy sejm. Już w latach siedemdziesiątych XVI w. funkcjonował pewien schemat tworzenia instrukcji, w których kolejno wypisywano nazwiska obranych posłów (często poprzedzone kwiecistym wstępem), poszczególne artykuły – żądania, a na końcu podpisy. Zazwyczaj parafowane były jedynie przez owych posłów, którzy w ten sposób potwierdzali, że będą się kierować wolą ogółu. Większość instrukcji sejmowych z okresu 1572–1620 ma charakter enigmatyczny, dowiadujemy się z nich, kogo wybrano na posłów oraz jakie konkretne postulaty zostały na sejmiku uchwalone. Podpisy ograniczają się do posłów na sejm, a oblaty dokonują oni wszyscy lub jeden z nich. Wyjątków było zaledwie kilka, dlatego zwrócono na nie trochę więcej uwagi. Pewne odmienności możemy spotkać w instrukcji z 2 I 1618⁸⁴. Wśród podpisów znalazły się nie tylko należące do posłów na sejm, ale również wojewody i generała krakowskiego, marszałka koła rycerskiego Hieronima Przyłęckiego i in-

⁸¹ Uchwała sejmiku województwa krakowskiego, przyznająca zgodnie konstytucje sejmu warszawskiego z r. 1591, wraz z protestacją posłów województwa krakowskiego, w Warszawie na sejmie uczynioną, a przez sejmik aprobowaną. W Proszowicach 12 marca 1591 r., ASWK, t. I, nr 56, s. 173.

⁸² Zob. np. List szlachty województwa krakowskiego ze zjazdów na rokach ziemskich w Krakowie do szlachty województwa sandomierskiego. Z Krakowa 12 stycznia 1607 r., ASWK, t. I, nr 98, s. 310.

⁸³ Uchwała szlachty województwa krakowskiego na okazowaniu pod Kazimierzem 1 maja 1619 r., ASWK, t. II, nr 130, s. 402.

⁸⁴ Instrukcja dana posłom na sejm z sejmiku przedsejmowego województwa krakowskiego w Proszowicach 2 stycznia 1618 r., ASWK, t. I, nr 124, s. 374–385.

nych, niekoniecznie posłów⁸⁵. Nie do końca wiadomo czy podpis marszałka znalazł się tam tylko ze względu na wyznaczenie go do funkcji posła na sejm, czy również ze względu na tradycyjną zasadę podpisywania przez marszałka aktów sejmikowych. Można przypuszczać, że skoro znalazły się podpisy nie pełniących żadnej funkcji osób, to tym bardziej byłby tu podpis marszałka. Z okresu do 1632 r. zachowało się jeszcze kilka tego typu instrukcji. Pierwsza z nich została datowana na listopad 1624 r., znajduje się pod nią podpis tylko jednej osoby, a mianowicie stolnika krakowskiego Hieronima z Przyłęka Przyłęckiego, pełniącego na bieżącym sejmiku funkcję marszałka koła rycerskiego, wybranego również na posła na sejm⁸⁶. Następna i zarazem ostatnia instrukcja zakończona jakimikolwiek podpisami, została uchwalona we wrześniu 1630 r. i znalazł się pod nią podpis Kaspra z Wielopola Wielopolskiego, również pełniącego równolegle funkcje marszałka i posła na sejm, oraz kasztelana krakowskiego Jerzego Zbaraskiego⁸⁷. W tym miejscu warto jeszcze dodać, że zgodnie ze zwyczajem województwo krakowskie miało prawo do powołania ze swojej ziemi sześciu posłów sejmowych, a pod wymienionymi wyżej instrukcjami podpisywał się tylko jeden spośród nich, o ile pełnił funkcję marszałka sejmikowego⁸⁸.

* * *

Badania nad instytucją marszałka sejmikowego to temat, który jeszcze długo nie zostanie w pełni wyczerpany. Celem niniejszego artykułu było przybliżenie czasu i sposobu, w jakim doszło do ukształtowania się tego urzędu na obszarze województwa krakowskiego, czyli jednej z najważniejszych (pod względem politycznym) ziem I Rzeczypospolitej. Wprawdzie w pracy za datę kończącą wybrano 1632 r. tj. moment zakończenia panowania Zygmunta III, nie jest to jednak moment kończący ów proces, co jest widoczne między innymi w schemacie dokumentów sejmikowych, który podlegał ciągłym zmianom. Coraz częściej jednak pojawiały się uchwały spisane według konkretnego wzorca, znanego nam z dalszych tomów akt. Wzorca, zgodnie z którym to marszałek sejmikowy swoim podpisem miał nadawać dokumentom cech legalności.

Pod koniec XVI w. akta były podpisywane zarówno przez senatorów, szlachtę, jak i marszałków (o ile zostali oni wybrani), a do 1632 r. większość uchwał sygnował marszałek oraz co najwyżej kilka innych osób, z coraz mniejszym udziałem panów rady. Nie był to wprawdzie jeszcze utarty schemat z późniejszych lat, gdy swój podpis zamieszczał tylko marszałek, ale wyraźnie widać tendencję zmian. W historiografii funkcjonuje niepodważona teza, zgodnie z którą rokosz Zebrzydowskiego miał być momentem

⁸⁵ *Ibidem*, s. 384.

⁸⁶ Instrukcja dana posłom na sejm z sejmiku przedsejmowego województwa krakowskiego w Proszowicach 26 listopada 1624 r., ASWK, t. II, nr 7, s. 37.

⁸⁷ Instrukcja dana posłom na sejm z sejmiku przedsejmowego województwa krakowskiego w Proszowicach 4 września 1630 r., ASWK, t. II, nr 41, s. 128.

⁸⁸ Ale możemy spotkać również nie posiadające żadnych podpisów instrukcje z sejmików na których jako jednego z posłów wybrano marszałka koła rycerskiego; zob. Instrukcja dana posłom na sejm z sejmiku przedsejmowego województwa krakowskiego w Proszowicach 16 grudnia 1625 r., ASWK, t. II, nr 12, s. 43.

przełomowym dla rozwoju instytucji marszałka. Ta teza nie znajduje potwierdzenia dla akt ziemi krakowskiej. Wprawdzie od rokoszu sandomierskiego radykalnie zmniejszyła się liczba uchwał podpisanych ze strony koła rycerskiego przez jak najszerze grono szlacheckie, ale pod uchwałami podpisywali się w ich imieniu deputaci, którzy właśnie w tym okresie zaczęli się pojawiać częściej – a których podpisy zanikły ok. 1613 r. (z jednym wyjątkiem z 1619 r.). Ważniejszym momentem wydaje się okres ok. 1620 r., z którym wiąże się stopniowe odsuwanie senatorów od podpisywania uchwał sejmikowych – ich sygnatury stały się rzadkością (pomijając *casus* Jerzego Zbaraskego). Rolę najważniejszej osoby podczas sejmiku przejął niepodzielnie marszałek.

Przedstawiony artykuł nie rości sobie prawa do wyczerpania badań nad kształtowaniem się instytucji marszałka sejmikowego w latach 1572–1632. Zarysowana w niej została ogólna, wyraźnie widoczna tendencja, dla której okres około 1620 roku wydaje się być momentem przełomowym – co jest widoczne podczas analizy podpisów składanych pod uchwałami. Warta podjęcia byłaby nie tylko próba zestawienia tych tendencji z warunkami w innych województwach, ale również zbadania pochodzenia społecznego i roli politycznej poszczególnych marszałków, co mogłoby przynieść odpowiedź na kilka ważnych pytań.

* * *

Rise in Importance of the Institution of the Marshal of Council from the Point of View of Signatures Submitted on the Council's Documents from the Land of Cracow in the Years 1572–1632

Marshal of council was one of the most important institutions of local political life in the First Republic of Poland. That office throughout the modern period evolved, and its insignificant features has been expanded in the implementing instruments. In the early eighteenth century he already had real political power.

The subject of the article is an examination of the way in which the institution of Council's Marshal was formed in the Cracow land in the years 1572–1632 with respect to one aspect – the signatures submitted under the Council's documents. This is a question which, during the first few decades from 1572 to 1632, has gradually evolved until only the Marshal has signed the resolutions of the Council.

So far in historiography, there was a conviction that the formation of the Council's Marshal's Institution was completed during Zebrzydowski's period, but it must be concluded that this process took place several years later.

Key words: the marshal of council, council's documents, council's resolutions, XVI–XVII century

Magdalena Michalska¹

Funkcje ustrojowe sądownictwa konstytucyjnego

Streszczenie:

W doktrynie prawa konstytucyjnego szeroko interesuje się oddziaływaniem orzecznictwa sądów konstytucyjnych na poszczególne dziedziny prawa. Stosunkowo mało uwagi poświęca się natomiast analizie, w jaki sposób funkcjonowanie tych sądów wpływa na ustroj państwowy i na jego funkcjonowanie. Głównym celem niniejszego artykułu jest zaprezentowanie najistotniejszych funkcji ustrojowych sądownictwa konstytucyjnego oraz ich analiza, przede wszystkim na przykładzie polskiego Trybunału Konstytucyjnego. Szczególna uwaga poświęcona jest takim funkcjom ustrojowym jak funkcja polityczna, funkcja współposiadania władzy ustrojodawczej, ochrony konstytucyjnej równowagi pomiędzy organami władzy publicznej w systemie trójpodziału władzy oraz strażnika rzeczywistej realizacji norm konstytucyjnych, przede wszystkim praw człowieka. Analiza tych funkcji prowadzi do wniosku, że sądownictwo konstytucyjne wywiera ogromny wpływ na rzeczywisty kształt ustroju współczesnych państw.

Słowa kluczowe: Prawo konstytucyjne, ustroj państwowy, sądownictwo konstytucyjne, Trybunał Konstytucyjny

1. Wstęp

W polskiej nauce prawa tematem żywo dyskutowanym i analizowanym jest wpływ orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na poszczególne dziedziny prawa. Stosunkowo mało uwagi poświęca się natomiast oddziaływaniu sądownictwa konstytucyjnego na ustroj państwowy i na jego funkcjonowanie². Tymczasem działalność orzecznicza sądów konstytucyjnych – w tym także polskiego Trybunału Konstytucyjnego – wywiera

¹ Autorka jest studentką III roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

² K. Wojtyczek, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2013, s. 241.

na ten ustrój ogromny wpływ i ma niezwykle istotne znaczenie w procesie jego kształtowania. Należy uświadomić sobie, że sądownictwo konstytucyjne nie funkcjonuje w oderwaniu od zachodzących zmian stosunków prawnych, politycznych i społecznych, lecz wręcz przeciwnie – „żyje w pewnym politycznym i społecznym środowisku, a funkcjonuje w określonym kontekście ustrojowym”³, w związku z czym ze swojej istoty na ten ustrój znacząco oddziałuje. Te ogólne kierunki oddziaływania orzecznictwa na ustrój państwa można określić jako funkcje ustrojowe sądu konstytucyjnego⁴. Tematem niniejszego artykułu będzie wskazanie i omówienie najistotniejszych funkcji ustrojowych sądownictwa konstytucyjnego, przede wszystkim w odniesieniu do polskiego Trybunału Konstytucyjnego, a także próba odpowiedzi na pytanie jak zmieniają się rzeczywiste założenia ustroju państwowego pod wpływem działalności orzeczniczej sądów konstytucyjnych.

2. Funkcja polityczna

Podstawowym zadaniem sądownictwa konstytucyjnego jest kontrola legalności działań politycznych organów państwa. Wobec tego z natury rzeczy sąd konstytucyjny jest uwikłany w sprawy polityczne bardziej aniżeli inne organy państwowe. Stwierdzenie takie prowadzi do wniosku, że sąd konstytucyjny może zostać nazwany organem politycznym, ze wszystkimi wynikającymi z tego konsekwencjami. Problem „polityczności” sądu konstytucyjnego rozpatrywany jest przeważnie w trzech wymiarach: kontrolowanej materii, sposobu rozstrzygania i zasad powoływania sędziów konstytucyjnych⁵.

Materia konstytucyjna, stanowiąca podstawowy przedmiot zainteresowania sądownictwa konstytucyjnego, ze swojej natury jest fragmentaryczna i charakteryzuje się dużym stopniem ogólności. Co więcej, podejmowanie rozstrzygnięć interpretacyjnych dotyczących norm konstytucyjnych zawsze wiąże się z koniecznością dokonywania ustaleń aksjologicznych i ważenia nieraz niemal równorzędnych wartości w sytuacji, w której nie istnieje powszechnie akceptowany paradygmat uzasadniania wypowiedzi o tych wartościach⁶. Wobec tego z istoty i specyfiki sądu konstytucyjnego wynika konieczność przyznania sędziom wchodzącym w skład tego organu szerokiej swobody decyzyjnej. W procesie kontroli norm, będącej podstawowym zadaniem sądu konstytucyjnego, swoboda ta zbiega się z politycznym charakterem rozpoznawanych spraw⁷. W doktrynie prawa konstytucyjnego często podnosi się jednak, że jeśli chodzi o polityczny charakter materii kontrolowanej przez sądy konstytucyjne, to ani nie upolitycznia on samego sądownictwa konstytucyjnego, ani też nie jurydyzuje polityki⁸. Polityczność ta w naturalny sposób wynika z faktu, że prawo konstytucyjne jest gałęzią

³ Z. Czeszejko-Sochacki, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym*, Warszawa 2003, s. 106.

⁴ K. Wojtyczek, *op.cit.*, s. 241.

⁵ Z. Czeszejko-Sochacki, *Sądownictwo...*, s. 171.

⁶ K. Wojtyczek, *op.cit.*, s. 242.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Z. Czeszejko-Sochacki, *Sądownictwo...*, s. 175.

prawa w dużej mierze odnoszącą się do kwestii politycznych i z samą polityką bardzo ściśle związaną. Zgodnie z poglądem Horsta Säckera, sąd konstytucyjny jest instytucją neutralną, w związku z czym nie ma żadnego upoważnienia do bezpośredniego kształtowania życia politycznego⁹. Granice jego kompetencji wyznacza przede wszystkim konstytucja, która precyzuje także jego właściwość. Polityczność samej materii rozpatrywanej przez sądy konstytucyjne nie pozostaje zatem w sprzeczności ze standardami demokratycznego państwa prawnego, ale jest koniecznością wynikającą ze specyfiki zagadnień podejmowanych przez sądy konstytucyjne.

Większe zagrożenia dla obiektywizmu działania sądownictwa konstytucyjnego, z uwagi na jego polityczność, dotyczą sposobu rozstrzygania spraw przez takie sądy. Czasami bowiem nawet sama procedura kontroli norm jest inicjowaniem dla wywołania określonych skutków politycznych. Każda decyzja sądu konstytucyjnego – nawet najbardziej trafna z prawniczego punktu widzenia i najlepiej umotywowana na gruncie konstytucyjnych reguł wykładni – zawsze ma w chociaż pewnym stopniu wymiar polityczny¹⁰. Z jednej strony jest to związane – jak już zostało wskazane powyżej – ze specyfiką rozpatrywanej materii, ale z drugiej stanowi pewne zagrożenie dla faktycznej (nie zaś: formalnej) niezależności sędziów od konkretnych partii politycznych. Oczywiście we współczesnym państwie demokratycznym jawna polityczność sądu konstytucyjnego we wskazanym rozumieniu nie ma i nie może mieć miejsca – polska Konstytucja gwarantuje niezawisłość sędziów Trybunału, a także formułuje wymóg ich apolityczności (art. 195 ust. 1 i 3 Konstytucji RP). Podobne wymogi politycznej neutralności zawierają przepisy prawa innych państw europejskich. Za przykład można tutaj podać art. 28 włoskiej ustawy o Sądzie Konstytucyjnym, zgodnie z którym przeprowadzana przez ten Sąd kontrola zgodności z ustawą zasadniczą danego aktu prawnego „wyklucza jakąkolwiek ocenę o charakterze politycznym i jakikolwiek zarzut co do wykonywania uprawnień dyskrecyjnych parlamentu”¹¹. W doktrynie podnosi się jednak, że pomimo zagwarantowania w ustawie zasadniczej i ustawach zwykłych formalnej neutralności i apolityczności sędziów konstytucyjnych, w praktyce osiągnięcie w pełni takiego stanu nie jest możliwe. Założenie, jakoby sąd konstytucyjny był tworem niezależnym od polityki, zostało bowiem przez wielu autorów uznane za nierealistyczne i utopijne.

Upolitycznienie sądu konstytucyjnego przejawia się także w samej procedurze wyboru na sędziego tego sądu. Procedura ta może przebiegać poza kontrolą parlamentu, jednak w przytłaczającej większości systemów sądownictwa konstytucyjnego wyboru takiego dokonuje parlament, a więc organ jednoznacznie upartyjniony. Polska Konstytucja przesądza o uznaniu za obowiązującą zasady monopolu Sejmu w obsadzaniu stanowisk sędziów konstytucyjnych¹². Taki sposób wskazywania kandydatów na sędziów konstytucyjnych implikuje nierozzerwalne powiązanie każdego z nich z określonym systemem wartości, który z kolei przekłada się na określone poglądy i preferencje

⁹ *Ibidem*, s. 173.

¹⁰ K. Wojtyczek, *op.cit.*, s. 243.

¹¹ Z. Czeszejko-Sochacki, *Sądownictwo...*, s. 176.

¹² L. Garlicki, *Trybunał Konstytucyjny* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz IV*, red. G. Śniadowska, Warszawa 2005, s. 4.

polityczne. Podnosi się jednak, że chociaż taki sposób wyboru sędziów konstytucyjnych wiąże się z pewnymi zagrożeniami co do obiektywności ich późniejszych decyzji w procesie orzekania, jest on konieczny z uwagi na ścisłą korelację decyzji podejmowanych przez sąd konstytucyjny z politycznym procesem sprawowania władzy. Sąd konstytucyjny w niezwykle silny sposób może oddziaływać na ustawodawcze kompetencje parlamentu, zatem przyznanie temu ostatniemu możliwości kształtowania składu tego sądu zdaje się równoważyć ewentualne negatywne tego konsekwencje¹³. Dodatkowo warto podkreślić, że wybór sędziów konstytucyjnych przez parlamentarzystów stanowiących reprezentantów Narodu, a więc – suwerena, stwarza sądowi konstytucyjnemu namiastkę demokratycznej legitymacji¹⁴.

W polskim systemie pewną gwarancją zmniejszenia wysokiego stopnia upolitycznienia procedury wyboru sędziego konstytucyjnego jest przepis art. 194 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP, zgodnie z którym ponowny wybór na sędziego TK jest niedopuszczalny. Przepis ten zapobiega wystąpieniu skrajnej, żeby nie rzec – patologicznej sytuacji, w której sędzia w procesie orzekania kieruje się interesem danej partii politycznej ze świadomością, że w przyszłości parlamentarzyści będą decydowali o jego ponownym wyborze na stanowisko sędziego. Przyjęcie takiej regulacji nie zmienia jednak faktu, że wybór konkretnego sędziego w skład sądu konstytucyjnego zawsze jest decyzją w wysokim stopniu polityczną.

W świetle trwającego obecnie w Polsce kryzysu wokół Trybunału Konstytucyjnego można wręcz pokusić się o stwierdzenie (prof. Adam Sulikowski), iż został ostatecznie obalony „mit o apolityczności sądu konstytucyjnego”¹⁵. Problem znacznego stopnia polityczności sądów konstytucyjnych dotyczy jednak nie tylko polskiego Trybunału Konstytucyjnego. Podobne rozważania o politycznym charakterze sądownictwa konstytucyjnego – a tym samym politycznej funkcji ustrojowej, jaką sądownictwo to wypełnia – prezentują także przedstawiciele doktryny i orzecznictwa innych państw. Za przykład można tutaj podać wypowiedzi doktryny niemieckiej. Ernst-Wolfgang Böckenförde stwierdził, że „sądownictwo konstytucyjne rozstrzyga o treści i interpretacji prawa konstytucyjnego jako prawa, które określa szczegółowo procesy polityczne w ich zdolności działania, kształtuje je formalnie i je ogranicza. Nie może zatem uciec od odniesień do pola przyciągania polityki, nawet wtedy, gdy pyta jedynie o prawa i prawo orzeka. Jeżeli swoje zadania spełnia zgodnie ze swoją funkcją i odpowiednio merytorycznie, to musi mieć w tym rozumieniu wymiar polityczny. Musi ono uświadomić sobie swoją sytuację i dowieść, że potrafi sprawdzić się w niej jako niezawisłe sądownictwo”¹⁶. Polityczności sądu konstytucyjnego – przejawiającej się na różne opisane powyżej sposoby – nie sposób zatem nigdy do końca uniknąć. Nie oznacza to jednak, że sytuacja ta ma wyłącznie negatywne konsekwencje i stanowić może w każdym

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ A. Sulikowski, *Trybunał Konstytucyjny a polityczność. O konsekwencjach upadku pewnego mitu*, PiP 4/2016, s. 3.

¹⁶ E.W. Bockenforde, *Sądownictwo konstytucyjne: zagadnienia strukturalne – organizacja – legitymizacja*, Biuletyn Trybunału Konstytucyjnego 2/1998, s. 93.

przypadku zarzut co do prawidłowości czy zasadności funkcjonowania tego rodzaju sądownictwa. Przeciwnie – polityczność sądu konstytucyjnego należy przede wszystkim rozpatrywać właśnie w kontekście specyficznej i wynikającej z natury tej instytucji funkcji politycznej, jaką sąd ten wypełnia dla ustroju państwowego, niekoniecznie funkcji o wydźwięku wyłącznie pejoratywnym.

W tym kontekście warto dodatkowo wspomnieć o tym, że bardzo istotna z ustrojowego punktu widzenia – chociaż, jak się wydaje, w Polsce odgrywająca stosunkowo niewielką rolę – jest funkcja kontrolowania przez sądy konstytucyjne celów i działalności partii politycznych. Orzekanie w tym zakresie jest o tyle istotne, że wpływa na kształtowanie pozycji ustrojowej partii politycznych w demokratycznym państwie prawnym. „Nie ulega wątpliwości, iż wszelkie regulacje, które w jakimkolwiek zakresie dotyczą kontroli partii politycznych, decydują o tym, jak będzie prowadzona polityka państwa. Chodzi przede wszystkim o to, czy zachowane zostaną demokratyczne normy polityki państwowej, zarówno tej wewnętrznej, jak i zewnętrznej i czy nie nastąpi powrót do systemu monopartyjnego. Właśnie to, że każda partia polityczna po rozpoczęciu swojej działalności może w przyszłości stać się partią rządzącą, stanowi fundament demokracji”¹⁷. Z tego względu sąd konstytucyjny poprzez swoją możliwość wpływania na konstytucyjność celów i działalności partii politycznych, wpływa także w dużej mierze na samą – aktualną bądź przyszłą – politykę państwa, przez co tym bardziej jawi się jako organ w wysokim stopniu polityczny.

3. Funkcja współposiadania władzy ustrojodawczej

Dla omówienia funkcji sądownictwa konstytucyjnego najściślej związanych z samym ustrojem państwowym i z jego funkcjonowaniem (rozdziały 3–5 niniejszego artykułu) istotne wydaje się poczynienie pewnych uwag wprowadzających. Uwagi te będą dotyczyć samej genezy sądownictwa konstytucyjnego, która – jak podnosi się w doktrynie – „ma zasadnicze znaczenie dla charakterystyki współczesnych sądów konstytucyjnych i pożądanego sposobu ich funkcjonowania”¹⁸. Istotne wydaje się w tym kontekście zakreślenie różnic pomiędzy sądownictwem konstytucyjnym w Stanach Zjednoczonych Ameryki oraz w systemie kontynentalnym. Dla powstania amerykańskiego modelu sądownictwa konstytucyjnego podstawowe znaczenie miały właśnie kwestie ustrojowe. Sądy konstytucyjne miały być instytucją gwarantującą zachowanie podziału władzy i umocnienie federalnej struktury państwa. Doprowadziło to do ukształtowania się zasady nadrzędności konstytucji, a w dalszej konsekwencji – do zaakcentowania znaczenia sądownictwa konstytucyjnego jako instrumentu ochrony konstytucyjnych praw człowieka¹⁹. Z kolei zgodnie z podejściem europejskim – widocznym oczywiście

¹⁷ M. Borski, *Wykonywanie kontroli konstytucyjności celów i działalności partii politycznych przez Trybunał Konstytucyjny*, [w:] *Roczniki Administracji i Prawa*, Rok XI, Sosnowiec 2011, s. 31.

¹⁸ P. Tuleja, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce według Profesora Zdzisława Czeszejki-Sochackiego* [w:] *Państwo prawa. Parlamentaryzm. Sądownictwo Konstytucyjne. Pamięci Profesora Zdzisława Czeszejki-Sochackiego*, red. A. Jamróz, Białystok 2012, s. 318–319.

¹⁹ *Ibidem*.

także w przypadku polskiego Trybunału Konstytucyjnego – najistotniejszym zadaniem sądownictwa konstytucyjnego było zagwarantowanie przestrzegania hierarchiczności norm prawych, a zatem w pierwszej kolejności – badanie zgodności aktów niższego rzędu z aktami wyższego rzędu, przede wszystkim oczywiście z ustawą zasadniczą. Chociaż założenia europejskiego modelu sądownictwa konstytucyjnego były modyfikowane – w szczególności po drugiej wojnie światowej w kontekście zagwarantowania ochrony praw jednostki – jednak w dalszym ciągu widoczne jest silniejsze zaakcentowanie właśnie funkcji kontroli sądu konstytucyjnego nad przestrzeganiem konstytucyjności prawa²⁰. Powyższe uwagi nie oznaczają, że kontynentalne sądownictwo konstytucyjne nie wypełnia funkcji współposiadania władzy ustrojodawczej i regulacji samego ustroju państwowego. Analizując te funkcje należy jednak mieć świadomość, że w odniesieniu do kontynentalnego modelu sądownictwa konstytucyjnego mają one znaczenie mniej doniosłe niż ma to miejsce w przypadku modelu amerykańskiego. Podobne uwagi dotyczą funkcji bliżej scharakteryzowanych w rozdziałach 4 (sąd konstytucyjny jako strażnik konstytucyjnej równowagi między władzami publicznymi) oraz 5 (sąd konstytucyjny jako strażnik realizacji zasad i wartości konstytucyjnych, przede wszystkim praw człowieka).

Działalność orzecznicza sądów konstytucyjnych nie pozostaje zatem bez wpływu na ukształtowanie ustroju państw demokratycznych. Jak już zostało powiedziane, tekst konstytucji jest w wysokim stopniu ogólny i nieprecyzyjny, a organ interpretujący ten tekst dysponuje szerokim marginesem swobody decyzyjnej. W konsekwencji ustawa zasadnicza wyznacza jedynie ogólny zarys funkcjonowania ustroju państwowego, które sądownictwo konstytucyjne oraz praktyka ustrojowa mogą wypełnić bardzo różną treścią²¹. W tej sytuacji zadaniem sądu konstytucyjnego – a jednocześnie podstawową jego funkcją – jest konkretyzacja zapisów ustawy zasadniczej w swoim orzecznictwie, w którym na podstawie ogólnikowych postanowień konstytucyjnych formułowane są szczegółowe zasady prawne.

Trzeba podkreślić, że konkretyzacja norm ustawy zasadniczej nie jest jedynym zadaniem sądów konstytucyjnych uzasadniającym nazwanie ich współposiadaczami władzy ustrojodawczej. Równie istotnym, jeśli nie najistotniejszym, zadaniem sądownictwa konstytucyjnego w kontekście omawianej funkcji ustrojowej jest dostosowywanie znaczenia i treści tych ogólnych norm do aktualnej sytuacji społeczno-politycznej. Wymusza to na sądach konstytucyjnych potrzebę stosowania w swoim orzecznictwie metod wykładni dynamicznej²². Chodzi zatem nie tylko o prostą abstrakcyjną interpretację mało precyzyjnego zapisu konstytucji, ale o to, by wyinterpretowana treść odpowiadała aktualnym potrzebom państwa i społeczeństwa. Stosowanie dynamicznej wykładni konstytucji dodatkowo podkreśla, jak dużą rolę jako posiadacz władzy ustrojodawczej odgrywa sądownictwo konstytucyjne. Jego orzecznictwo jawi się tym samym jako bardziej twórcze, a sami sędziowie zyskują realny wpływ na kształt ustroju państwowego, gdyż ich działalność orzecznicza uwzględnia aktualny kontekst społeczny i aksjologiczny.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ K. Wojtyczek, *op.cit.*, s. 244–245.

²² *Ibidem*.

Tym samym norma konstytucyjna przybiera taką treść, jaka umożliwia jej najlepsze funkcjonowanie w stosunkach społecznych aktualnych w czasie dokonywania wykładni²³. Możliwość wzmocnienia lub osłabienia pewnych tendencji w orzecznictwie sądów konstytucyjnych przekłada się na wzrost ustrojowego znaczenia tych sądów, może bowiem wpłynąć na rzeczywisty kształt ustroju państwowego jako takiego.

W kontekście omawianej funkcji sądownictwa konstytucyjnego należy wskazać kilka dodatkowych jego zadań o nie mniej doniosłym znaczeniu. Jako współposiadacz władzy ustrojodawczej *sąd konstytucyjny staje się strażnikiem granic suwerenności rozumianej jako wykonywanie władzy opartej na sile wartości wywiedzionych z ustawy zasadniczej, a jednocześnie przez te wartości ograniczonych*²⁴. Ma to szczególne znaczenie w sytuacji członkostwa poszczególnych państw w Unii Europejskiej, które wymusza zdefiniowanie na nowo pojęcia suwerenności w kontekście postępującego procesu integracji. Sąd konstytucyjny ma w takiej sytuacji za zadanie czuwać nad przestrzeganiem europejskiego prawa pierwotnego, a także nadzorować ewentualne przekazanie kompetencji organów krajowych podmiotom wspólnotowym. Funkcjonowanie sądownictwa konstytucyjnego ma znaczenie także dla sposobu rozumienia pojęcia demokracji oraz wyznaczania współczesnego sensu konstytucji²⁵. W tym kontekście demokracja nie może być rozumiana wyłącznie jako rządy większości. Tym samym istnienie sądownictwa konstytucyjnego powstrzymuje większość parlamentarną przed nadużywaniem swojej pozycji i uzurpacją władzy. Opozycja parlamentarna dysponuje bowiem narzędziem umożliwiającym kontrolę działalności rządzącej większości, jakim jest skierowanie do sądu konstytucyjnego wniosku o zbadanie zgodności danego aktu prawnego z ustawą zasadniczą. Z kolei w kontekście wyznaczania sensu konstytucji we współczesnym państwie demokratycznym, sądownictwo konstytucyjne wyznacza granice władzy większości, którą ograniczają zagwarantowane w ustawie zasadniczej prawa człowieka (obywatela). Szerzej na ten temat będzie mowa w rozdziale 5 (sąd konstytucyjny jako strażnik praw człowieka).

4. Funkcja strażnika konstytucyjnej równowagi między władzami publicznymi

Przed przystąpieniem do analizy wskazanej funkcji ustrojowej sądownictwa konstytucyjnego należy krótko scharakteryzować sądy konstytucyjne na tle pozostałych podmiotów tworzących ustrój instytucji publicznych. Pierwsze sądy konstytucyjne pojawiły się w europejskich systemach prawnoustrojowych dopiero w okresie międzywojennym, dlatego też nie do końca mieszczą się w monteskiuszowskim schemacie trójpodziału władzy państwowej²⁶. Siłą rzeczy jednak sądy konstytucyjne – zaliczane oczywiście

²³ T. Grzybowski, *Wpływ zmian prawa na jego wykładnię*, Warszawa 2013.

²⁴ R. Piotrowski, *Uwagi o ustrojowym znaczeniu sądownictwa konstytucyjnego* [w:] *Księga XXV-lecia Trybunału Konstytucyjnego. Ewolucja funkcji i zadań Trybunału Konstytucyjnego – założenia a praktyczna realizacja*, Warszawa 2010, s. 325.

²⁵ *Ibidem*, s. 327–330.

²⁶ A. Ławniczak, *Komentarz do art. 188 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Haczkowska, Warszawa 2014.

do organów władzy sądowniczej – funkcjonują w państwach opartych na zasadzie trójpodziału władzy i zajmują szczególną pozycję w tym systemie. Ich ustrojowym zadaniem jest bowiem – mówiąc najogólniej – kontrola zgodności z ustawą zasadniczą działania dwóch pozostałych władz – legislatywy i egzekutywy²⁷.

Przedstawiciel doktryny austriackiej Karl Korinek wskazywał, że stosunek sędownictwa konstytucyjnego wobec innych władz z klasycznego monteskiuszowskiego trójpodziału może wyrażać się w trzech postaciach: w kontroli prawidłowości powoływania organów państwowych (funkcji kreacyjnych), w orzekaniu co do kompetencji poszczególnych organów państwowych oraz w kontroli samej działalności organów państwowych²⁸. W tym pierwszym przypadku chodzi przede wszystkim o kompetencje sądów konstytucyjnych jako organów wyborczych, w drugim – o rozstrzyganie sporów kompetencyjnych pomiędzy najwyższymi organami władzy państwowej, w ostatnim zaś – o kontrolę norm prawnych, rozpatrywanie skarg konstytucyjnych oraz rozstrzyganie w przedmiocie odpowiedzialności konstytucyjnej. Podobnymi kompetencjami dysponują wszystkie nieomal sądy konstytucyjne we współczesnych państwach demokratycznych, nie wyłączając polskiego TK (zwl. art. 188, 189 Konstytucji RP). Trzeba jednak zaznaczyć, że niektóre z tych uprawnień zostały – także w polskim systemie prawnym – przekazane innym organom (np. w przedmiocie odpowiedzialności konstytucyjnej orzeka w Polsce Trybunał Stanu, nie zaś Konstytucyjny – zob. art. 198 Konstytucji RP).

Istotą tak zakreślonej funkcji ustrojowej strażnika konstytucyjnej równowagi między władzami publicznymi jest szeroka możliwość regulacji przez sąd konstytucyjny ustroju państwowego. Możliwość ta przejawia się po pierwsze – w szczególnej wobec pozostałych pozycji ustrojowej sądów konstytucyjnych, zaś po drugie – w stosunkowo szerokiej możliwości ingerencji w relacje między poszczególnymi organami władzy państwowej, a w niektórych przypadkach wręcz w rozstrzyganiu co do przyznania konkretnemu organowi określonych kompetencji na podstawie fragmentarycznego czy mało precyzyjnego przepisu ustawy zasadniczej. Konstytucja pozostawia bowiem ustawodawcy zwykłemu pewien margines swobody decyzyjnej także w przypadku uszczegóławiania konstrukcji samego ustroju państwowego, oczywiście w ramach ogólnie zakreślonych przez ustawę zasadniczą²⁹. Tym samym sąd konstytucyjny – jako organ kontrolujący działania ustawodawcy – „doprecyzowuje znaczenie unormowań ustawy zasadniczej kształtujących ustroj państwa i współokreśla tym samym konstytucyjną równowagę władz”³⁰.

Szczególna pozycja ustrojowa sądu konstytucyjnego w stosunku do pozostałych władz polega przede wszystkim na tym, że sąd ten dysponuje pewnymi narzędziami, za pomocą których może nakładać konstytucyjne ograniczenia na działalność egzekutywy i legislatywy. Już Hans Kelsen – główny twórca kontynentalnego (czy też: austriackiego) modelu sadowej kontroli konstytucyjności wysnuł tezę, iż podstawową funkcją ustawy zasadniczej jest tworzenie barier i wyznaczanie ram działania dla poszczególnych organów państwowych, a tym samym sąd konstytucyjny określić można

²⁷ Z. Czeszejko-Sochacki, *Sędownictwo...*, s. 103.

²⁸ *Ibidem*, s. 104.

²⁹ K. Wojtyczek, *op.cit.*, s. 250-252.

³⁰ *Ibidem*.

jako „strażnika konstytucji”³¹. Możliwość nałożenia przez omawiany sąd określonych ograniczeń na organy władzy publicznej tym bardziej podkreśla niezwykle doniosłą i istotną pozycję ustrojową i rolę tego organu.

Relacje pomiędzy sądem konstytucyjnym a innymi organami władzy publicznej są złożone i skomplikowane. Uwaga ta odnosi się w szczególności do powiązania tego sądu z parlamentem. Ten ostatni nie tylko – jak już była mowa – ma wyłączność na kształtowanie składu osobowego sądu konstytucyjnego, ale także może wpływać na niego na inne sposoby. Z uwagi na posiadaną przez siebie władzę ustawodawczą, nie wyłączając kompetencji do zmiany brzmienia ustawy zasadniczej, parlament ma możliwość regulowania działalności sądu konstytucyjnego, procedury postępowania przed nim etc. Pośrednio uprawnienia tego rodzaju mogą wpłynąć na linię orzecniczą i na sam sposób orzekania przez omawiany sąd. Z kolei sądownictwo konstytucyjne każdą tego typu decyzję kontroluje pod kątem zgodności z ustawą zasadniczą. W tej sytuacji dla pełnego zakresienia znaczenia sądu konstytucyjnego w relacji z parlamentem konieczne wydaje się przytoczenie pojęcia negatywnego ustawodawcy – sądu dysponującego *de facto* uprawnieniem do uchylania ustaw. Sąd konstytucyjny w takim rozumieniu dysponuje zatem także częścią władzy ustawodawczej w państwie, rozpatrywanej jednak właśnie od strony negatywnej. Już z tego uproszczonego opisu wynika, jak silne jest powiązanie sądownictwa konstytucyjnego z innymi organami władzy publicznej i w jak wielkiej współzależności (bo – jeszcze raz należy zaakcentować – oddziaływanie to zawsze jest dwustronne) organy te pozostają.

Trzeba podkreślić, że sam sposób interpretacji zasady trójpodziału władz wywiera znaczący wpływ na kształt ustroju państwowego. Sądy konstytucyjne, będące głównymi tej zasady interpretatorami, rozumieją ją przeważnie w sposób elastyczny. Tego typu rozumowanie opiera się na założeniu, że nie istnieje sztywny podział określonych kompetencji związanych z wykonywaniem trzech zasadniczych funkcji państwa pomiędzy konkretne ograny władzy publicznej. Niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny, który w tym zakresie zainspirował sądownictwo konstytucyjne wielu państw europejskich, stworzył na gruncie tego założenia koncepcję jądra poszczególnych władz. Zgodnie z tą koncepcją istnieją kompetencje ściśle powiązane z władzą ustawodawczą, wykonawczą bądź sądowniczą, które – jako należące do jądra poszczególnych władz – muszą pozostać przy jednym rodzaju organów władzy publicznej (należących odpowiednio do legislatywy, egzekutywy bądź władzy sądowniczej). Oprócz tego istnieją kompetencje spoza tego ściśle powiązanego z danym rodzajem władzy obszaru, które mogą być przekazywane organom piastującym kompetencje wychodzące poza zakres twardego jądra innej władzy³². Założenia tej koncepcji akcentują dodatkowo szczególne znaczenie ustrojowe sądownictwa konstytucyjnego, które może w takiej sytuacji wywierać znaczący wpływ na przemieszczanie się kompetencji nieobjętych jądrem poszczególnych władz pomiędzy organami państwowymi.

³¹ Z. Czeszejko-Sochacki, *Sąd konstytucyjny w systemie organów państwa* [w:] *Studia i Materiały. Tom II. Sądownictwo Konstytucyjne*, Warszawa 1996, s. 19–20.

³² K. Wojtyczek, *op.cit.*, s. 250–252.

W kontekście omawianej funkcji wpływania na rzeczywistą realizację zasady trójpodziału władzy w państwie i na jej rozumienie warto na zakończenie dodać, że samo istnienie sądownictwa konstytucyjnego wzmacnia rolę całej władzy sądowniczej w państwie. Wzrost roli sędziów jest konsekwencją „przenikania się w Europie kultury prawnej prawa stanowionego i kultury prawnej prawa tworzonego przez sędziów”, które towarzyszy procesowi integracji europejskiej³³. Sędzia – przede wszystkim właśnie sędzia konstytucyjny – już nie tylko jest ustami prawa, ale staje się realnym jego interpretatorem, który faktycznie wpływa na jego rozumienie i na sposób jego stosowania. Umocnienie znaczenia władzy sądowniczej stanowi także nieodzowną przesłankę demokracji konstytucyjnej, która zakłada brak najwyższego organu w państwie i jej ograniczenie przez prawa człowieka (tak np. wyrok TK w sprawie U 4/06)³⁴.

5. Funkcja ochrony rzeczywistej realizacji zasad i wartości konstytucyjnych. Sąd konstytucyjny jako strażnik praw człowieka

W rozdziale 3 niniejszego artykułu była już mowa o konieczności dokonywania przez sąd konstytucyjny dynamicznej wykładni interpretowanych norm ustawy zasadniczej. Istnieje tu jednak pewna granica, której nawet najbardziej dynamiczna wykładnia nie może przekroczyć. Granicą tą są zasady i wartości konstytucyjne³⁵. Jedną z istotniejszych funkcji ustrojowych sądownictwa konstytucyjnego jest właśnie ochrona norm konstytucyjnych, w szczególności praw człowieka (bądź obywatela) przed ich naruszeniem przez prawodawcę. Specyfika sądu konstytucyjnego polega na tym, że ze swojej natury jest on „specyficznym strażnikiem praw człowieka, który współtworzy przedmiot, na którego straży ma stać”³⁶. To właśnie bowiem sąd konstytucyjny – jak już wcześniej była mowa – z ogólnego unormowania ustawy zasadniczej musi wyinterpretować bardziej precyzyjną treść danej normy, w tym przypadku: danego prawa człowieka czy obywatela, i dopiero tę wyinterpretowaną normę zbadać pod kątem tego, czy jest ona naruszana przez kwestionowany przepis prawny. Proces konkretyzacji praw i wolności konstytucyjnych co do zasady można podzielić na cztery etapy: 1) określenie konstytucyjnego zakresu ochrony danego prawa, 2) zbadanie, czy określony akt normatywny ingeruje w zakres ochrony tego prawa, 3) określenie konstytucyjnych granic ingerencji w to prawo (w przypadku stwierdzenia na drugim etapie konkretyzacji, że ingerencja ta rzeczywiście miała miejsce) i wreszcie 4) sprawdzenie, czy ewentualne naruszenie danego prawa czy wolności spełnia warunki określone w ustawie zasadniczej³⁷.

Pozycja sądownictwa – zatem także sądownictwa konstytucyjnego – w demokratycznym państwie prawnym musi być uznana za wyjątkowo istotną, z uwagi na szczególne

³³ R. Piotrowski, *Uwagi...*, s. 335–336.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Warto podkreślić, że granicą tą nie jest tekst konstytucji, bowiem nawet wykładnia językowa ustawy zasadniczej powinna ustąpić przed wykładnią funkcjonalną, jeżeli posłuży to pełniejszej realizacji wartości czy zasady konstytucyjnej (K 25/99). Tak: R. Piotrowski, *Uwagi...*, s. 330.

³⁶ K. Wojtyczek, *op.cit.*, s. 246–248.

³⁷ *Ibidem*.

powiązanie władzy sądowniczej z ochroną praw i wolności jednostki. Podobne założenie wynika z polskiej Konstytucji. Dla określenia, czy naruszenie konstytucyjnego prawa jednostki odpowiada wymogom ustawy zasadniczej podstawowe znaczenie ma w tym przypadku art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Zgodnie z tym przepisem ograniczanie praw i wolności konstytucyjnych musi spełniać wymogi proporcjonalności (w orzecznictwie TK rozumianej jako konieczność, przydatność i proporcjonalność *sensu stricto*), a ponadto musi być uzasadnione ochroną enumeratywnie wymienionych w tym artykule wartości i nie może naruszać istoty danej wolności czy prawa. W przypadku zakwestionowania danego przepisu prawnego jako niespełniającego powyższych wymogów, to właśnie na Trybunale Konstytucyjnym ciąży zadanie oceny tego stanu rzeczy i wydania w tym przedmiocie odpowiedniego orzeczenia. Tym samym sąd konstytucyjny poprzez swoją działalność orzeczniczą zyskuje możliwość precyzowania rzeczywistej treści praw czy wolności wywiedzionych z ustawy zasadniczej, a tym samym realnego wpływania na ich przestrzeganie.

W rozpatrywaniu ustrojowej roli omawianego rodzaju sądownictwa istotne znaczenie ma stosowanie konstytucjonalistycznej perspektywy rozumienia ustawy zasadniczej. Przyjęcie tej koncepcji stanowi konsekwencję ustanowienia sądownictwa konstytucyjnego jako takiego³⁸. W przyjętym tutaj rozumieniu konstytucjonalizm – przeciwieństwo konstytucjonizmu – zakłada ograniczenie władzy właśnie przez prawa człowieka, przy czym ograniczeniem tym nie jest sam tekst ustawy zasadniczej, ale przede wszystkim jego ideowe założenia i aksjologiczne podstawy. Tym samym za niezgodne z prawem należy uznać także takie zachowanie władz, które nie narusza bezpośrednio konkretnych reguł konstytucyjnych, ale pozostaje w sprzeczności z ogólnymi wartościami wywiedzionymi z ustawy zasadniczej. Konstytucjonalizm zakłada zatem, że określone prawa nie przysługują jednostce dlatego, że zostały zawarte w tekście konstytucji, ale przeciwnie – zostały w nim zawarte właśnie dlatego, że są prawami człowieka³⁹. Podstawowym strażnikiem przestrzegania tych praw – podobnie zresztą jak innych norm ustawy zasadniczej – jest właśnie sąd konstytucyjny. Z perspektywy obywatela jest to chyba najistotniejsza jego ustrojowa funkcja.

6. Pozostałe funkcje sądownictwa konstytucyjnego

Oprócz szerzej scharakteryzowanych powyżej najistotniejszych funkcji ustrojowych sądownictwa konstytucyjnego wymienia się w doktrynie jeszcze inne takie funkcje. Krzysztof Wojtyczek wskazuje⁴⁰, że sąd konstytucyjny z perspektywy zadań ustrojowych można także określić jako:

- organ współwyznaczający pozycję wspólnot samorządowych wobec władzy centralnej, którego zadaniem jest zapewnienie „poszanowania podmiotowości i konstytucyjnych uprawnień samorządu terytorialnego w relacjach z organami władzy państwowej, w szczególności jego samodzielności, własności i zasady ochrony sądowej”;

³⁸ R. Piotrowski, *Uwagi...*, s. 329–330.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ K. Wojtyczek, *op.cit.*, s. 252–263.

- regulator „władzy zewnętrznej” państwa, co przejawia się przede wszystkim w dokonywanej przez sąd konstytucyjny kontroli prawodawstwa dotyczącego spraw międzynarodowych;
- podmiot polityki zagranicznej dysponujący określonymi instrumentami w sferze stosunków międzynarodowych (jak na przykład kompetencje w zakresie kontroli umów międzynarodowych).

Przedstawiciele piśmiennictwa europejskiego wskazują ponadto, że sądownictwo konstytucyjne wypełnia także następujące funkcje ustrojowe⁴¹:

- poprzez rozpatrywanie skarg konstytucyjnych nadaje obywatelom pewne możliwości wpływania na kształt ustroju państwowego, co pogłębia demokratyzację tego ustroju i zwiększa jego legitymizację. Tym samym pewne instrumenty umożliwiające zainicjowanie postępowania przed sądem konstytucyjnym przyznane zostały nie tylko najwyższym organom władzy państwowej, ale także każdej jednostce,
- pomaga rozwiązać problemy, których nie można rozwiązać innymi środkami z uwagi na zbyt dużą polaryzację polityczną.

Warto wspomnieć jeszcze w tym miejscu o interesującej – bo bardzo rozbudowanej i usystematyzowanej, a jednocześnie mającej charakter uniwersalny – typologii funkcji sądownictwa konstytucyjnego, które w latach 60. XX w. sformułował austriacki teoretyk prawa R. Marcić. W jego ujęciu sąd konstytucyjny mógł działać jako:

- 1) gwarant podstawowych praw i wolności jednostki,
- 2) gwarant pokoju wewnętrznego i jedności politycznej państwa,
- 3) obrońca państwa,
- 4) gwarant demokracji i strażnik prawidłowości wyborów,
- 5) rada prewencyjnej obrony przestrzegania konstytucji,
- 6) ostatnia subsydiarna instancja sądowa,
- 7) strażnik przestrzegania hierarchii porządku prawnego⁴².

Na zakończenie warto zasygnalizować, nie rozwijając już dokładniej tego zagadnienia, iż pojawił się w doktrynie także bardzo ciekawy pomysł na definiowanie funkcji sądownictwa konstytucyjnego za pomocą skutków jego orzecznictwa. Na przykładzie polskiego TK wskazuje się tutaj przede wszystkim funkcje ochronną (w znaczeniu zarówno przedmiotowym, jak i podmiotowym), stabilizacyjną, sygnalizacyjną, interpretacyjną oraz kreacyjną⁴³.

Zaprezentowane powyżej najistotniejsze funkcje ustrojowe sądownictwa konstytucyjnego nie wyczerpują w całości omawianego zagadnienia. Pozwalają jedynie uświadomić sobie mnogość i różnorodność instrumentów, jakimi dysponuje sądownictwo konstytucyjne w zakresie wpływania na ustrój państwa i na jego faktyczne funkcjonowanie. Należy jednak mieć świadomość, że zaprezentowany w artykule katalog funkcji

⁴¹ M.A. Graber, *Constitutional Review* [w:] *Legal Systems of the World: A Political, Social, and Cultural Encyclopedia*, red. H.M. Kritzer, Santa Barbara 2002, s. 350–353.

⁴² P. Czarny, *Federalny Trybunał Konstytucyjny w Niemczech a prawo międzynarodowe (wybrane problemy)* [w:] *Prawo międzynarodowe i europejskie a sądownictwo konstytucyjne*, Kraków 2015, s. 9.

⁴³ M. Dąbrowski, *Funkcje Trybunału Konstytucyjnego związane z hierarchiczną kontrolą konstytucyjności prawa*, Olsztyn 2015, s. 26 i n.

ustrojowych nie jest katalogiem zamkniętym, a stanowi jedynie wyliczenie przykładowe zadań uznanych za najistotniejsze w omawianym kontekście. Już jednak z tego skrótowego opisu wynika, w jak znaczący sposób orzecznictwo sądownictwa konstytucyjnego oddziałuje na system ustrojowy współczesnych państw demokratycznych.

7. Zakończenie

Idea sądownictwa konstytucyjnego jako niezbędnego elementu demokratycznego państwa prawnego ma aktualnie ugruntowaną i stabilną pozycję w europejskich systemach prawnych. Powyższe rozważania wskazują, że tego rodzaju sądy zajmują w systemie konstytucyjnym pozycję niezwykle istotną, a jednocześnie uprzywilejowaną w stosunku do pozostałych organów władzy publicznej. Dysponują one bowiem wieloma różnymi instrumentami, które umożliwiają mu współkształtowanie ustroju państwowego.

Duży stopień ogólności norm prawa konstytucyjnego, a także znaczne nasilenie w nich treści politycznych, w naturalny sposób implikuje polityczny charakter sądów konstytucyjnych, a w konsekwencji – wysoce upolityczniony wymiar ich działalności. Ponadto sądy konstytucyjne dysponują częścią władzy ustrojodawczej i ustawodawczej w państwie, kontrolują rzeczywiste realizowanie zasady trójpodziału władzy, a także aktywnie uczestniczą w procesie jej konkretyzowania. Wypełniają dodatkowo niezwykle istotne z punktu widzenia jednostki zadanie – strzegą faktycznego przestrzegania praw i wolności konstytucyjnych przez organy władzy publicznej. Wyodrębnienie funkcji ustrojowych sądownictwa konstytucyjnego, czy też tylko – z uwagi na ich mnogość – przykładowe ich wyliczenie, pozwala uświadomić sobie, jak ogromny wpływ wywiera na system konstytucyjny działalność orzecznicza tych sądów i jak silnie na ustrój państwowy oddziałuje. Dopiero takie spojrzenie na funkcje sądownictwa konstytucyjnego pozwala w pełni uświadomić sobie jego doniosłą rolę i znaczenie.

* * *

The Systemic Functions of Constitutional Judicature

It is widely discussed in the contemporary doctrine of constitutional law how the judgements of constitutional courts influence different areas of law. However, relatively little attention is given to their impact on the whole political system and its functioning. The major research objective of this study is to demonstrate the most significant systemic functions of the constitutional judicature as well as their analysis, particularly with regard to The Constitutional Tribunal in Poland. Specific attention is paid to the political function, guaranteeing the rule of tripartition of power and respecting of constitutionally guaranteed human rights. The analysis presented in the article clearly leads to the conclusion that the constitutional judicature has a tremendous impact on the shape of the systems of contemporary democratic states.

Key words: Constitutional law, political system, constitutional judicature, The Constitutional Tribunal

Wojciech Bańczyk¹

Prawo do publicznego eksponowania symbolu religijnego w świetle zasad neutralności i bezstronności w stosunkach państwo – Kościół na przykładzie Stanów Zjednoczonych Ameryki oraz Rzeczypospolitej Polskiej

Streszczenie:

Obecność symbolu religijnego (w tym zwłaszcza symbolu krzyża) w przestrzeni publicznej jest ważnym zagadnieniem z zakresu relacji państwo – Kościół. Rozstrzygnięcie o dopuszczalności takiego jego eksponowania stanowi zarazem rozwiązanie konfliktu prawa wyznawcy do publicznego prezentowania przekonań religijnych oraz zasady nieuprzywilejowania religii, czy danego związku wyznaniowego względem innych. W tym kontekście szczególne znaczenie w debacie publicznej, ale także w odpowiednim prawodawstwie, orzecznictwie sądowym (Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, polskiego Trybunału Konstytucyjnego, polskich sądów), doktrynie prawniczej, zyskują zasady określające model relacji państwo – Kościół. Zasadność oraz skutki stosowania dwóch podstawowych, podobnych, ale nieco różniących się między sobą, zasad neutralności i bezstronności przebadano na podstawie opisanych wyżej źródeł w celu ustalenia, czy oraz w jaki sposób zezwalają one na publiczne eksponowanie symbolu religijnego w Stanach Zjednoczonych Ameryki oraz w Rzeczypospolitej Polskiej.

Słowa kluczowe: symbol religijny, krzyż, publiczne eksponowanie, państwo – Kościół, neutralność, bezstronność

¹ Wojciech Bańczyk, doktorant w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, koordynator Szkoły Prawa Amerykańskiego organizowanej przez Columbus School of Law, The Catholic University of America we współpracy z Wydziałem Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, autor licznych publikacji i wystąpień na konferencjach naukowych o tematyce obejmującej zwłaszcza prawo spadkowe, prawo umów, prawa i wolności człowieka (w tym zwłaszcza wolność religijna), historię prawa, prawo porównawcze.

1. Wstęp

Patrząc na historię współczesnych państw, można odnieść wrażenie, że stanowi ona w dużej mierze dzieje ich relacji z Kościołem. Pierwotnie znaczenie religii i związków wyznaniowych było szczególnie widoczne w boskiej legitymizacji władzy świeckiej, sprawowaniu władzy publicznej przez podmioty wyznaniowe, ale także w sakralnej oprawie obrzędów państwowych i obecności symboliki religijnej w przestrzeni publicznej. Nawet jeśli współczesne państwa demokratyczne odeszły od modelu ścisłego powiązania władzy państwowej z religią, a nawet częstokroć próbują zaprzeczyć istnieniu swych korzeni w systemach religijnych, to nie przestały przyznawać jej miejsca w życiu publicznym, na różne sposoby normując stopień ich wzajemnego powiązania. Relacja państwo – Kościół pozostaje wciąż istotna, zwłaszcza że ci sami obywatele bywają częścią zarówno przymierza politycznego, jak również religijnego². Religia natomiast, wraz ze swymi symbolami, wypełnia rozmaite role społeczne³. Z jednej strony omawiane stosunki reguluje się pod kątem instytucjonalnej relacji władzy publicznej oraz związków wyznaniowych. Zwykle zakłada to autonomiczne oraz niezależne funkcjonowanie państwa i Kościoła, nie wykluczając jednak ich współdziałania. Z drugiej – zapewnia się obywatelom wolność wyznania, z której wywodzi się m.in. prawo do swobodnego wyznawania lub niewyznawania religii, jak również do prezentowania swych przekonań w życiu publicznym, w tym w symbolice państwowej. Uchodzi to za kolektywną formę wykonywania wolności religijnej⁴. W perspektywie obydwu tych spojrzeń, ale także z punktu widzenia całości ładu społeczno-politycznego, kwestia obecności symboliki religijnej w przestrzeni publicznej stanowi szczególnie istotne zagadnienie⁵.

Mając na uwadze konieczność sprecyzowania charakteru stosunków państwo – Kościół, zwłaszcza dla rozwiązania sporów na tle powyższych punktów widzenia, wypracowano pojęcia fundamentalne, podsumowujące relację i opisujące jej cechy. W prawie amerykańskim w ugruntowanym użyciu pozostaje model oparty na orzeczniczej oraz doktrynalnej zasadzie neutralności (*neutrality*) władzy publicznej oraz związków wyznaniowych wywodzonej z konstytucyjnej regulacji ich stosunków. Natomiast prawo polskie, choć w ustawie o gwarancjach wolności sumienia i wyznania z 1989 r. również posługiwało się pojęciem neutralności, w ustawie zasadniczej z 1997 r. zdecydowało się na użycie terminu bezstronności, wskazując na różnicę znaczeniową obydwu zasad.

Celem prowadzonych niżej rozważań jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, w jakim stopniu w państwie neutralnym wobec związków wyznaniowych, a w jakim stopniu w państwie bezstronnym w stosunku do nich, dopuszczalna jest obecność symboli religijnych (zwłaszcza krzyża) w przestrzeni publicznej. Ta kwestia, związana z koniecznością wyważenia zagrożeń związanych z promowaniem konkretnego związku

² F. Longchamps de Bérier, *Przeciw reliktom Oświecenia w prawie wyznaniowym*, PiP 1995, nr 1, s. 74.

³ M.in. integracyjne oraz identyfikujące – tak J. Szymanek, *Obecność symboli religijnych w przestrzeni publicznej* [w:] *Prawne granice wolności sumienia i wyznania*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, L. Kondratiewicz-Bryzik, Warszawa 2012, s. 42.

⁴ J. Weiler, *Państwo i Naród, kościół, meczet, synagoga. Nieunikniona debata* (przeł. J. Siudyka), Forum Prawnicze 2011, nr 1, s. 38.

⁵ J. Szymanek, *Obecność...*, s. 43.

wyznaniowego z niebezpieczeństwem ograniczenia obywatelskiego prawa do publicznego wyznawania religii, była powszechnie obecna w debacie publicznej, a bywała poruszana wobec rozmaitych zdarzeń zarówno przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki, jak też sądownictwo w Rzeczypospolitej Polskiej. W ich orzecznictwie, ale też w doktrynie prawniczej, wyrażono w związku z omawianym zagadnieniem wiele opinii. Często posługiwano się w nich wskazanymi, utartymi wyrażeniami określającymi stosunek państwa do Kościoła, przypisywano im konkretne znaczenie i zwłaszcza w jego rzekomym świetle rozważano prawo do obecności symbolu religijnego w danym miejscu. Należy jednak zastanowić się, na ile teoretyczne reguły neutralności oraz bezstronności, stosowane obok innych zasad opisujących stosunki państwa i Kościoła, ułatwiają rozwiązanie rzeczywistych problemów wynikłych z praktyki tych relacji. Z drugiej strony, powinno się rozważyć, czy decyzje w konkretnych sprawach pozwalają na uznanie, że zastosowanie tych reguł wiąże się z pewną trwałością, powtarzalnością rozwiązań, czy raczej posługiwanie się nimi ma charakter jedynie ornamentacyjny dla argumentacji z wcześniej ustaloną tezą.

2. Przykład amerykański

2.1. Regulacja kwestii religijnej w systemie ustrojowym

Kwestia religijna niewątpliwie stoi u podstaw istnienia oraz funkcjonowania państw. Nie inaczej było w przypadku Stanów Zjednoczonych Ameryki, które – choć powstały w atmosferze szczególnej niechęci dla państw wyznaniowych oraz prześladowań religijnych – to nieobcy był im duch szacunku dla religii jako istotnej wartości życia społecznego. Już w art. VI Konstytucji USA, w sekcji mówiącej, że „żaden test religii nie może być wymogiem dla przyznania urzędu lub funkcji publicznej w Stanach Zjednoczonych”, zawarto zasadę równości obywateli wobec wyznania, równości wyznań, jak również świeckiego charakteru państwa⁶. Wolność wyznania była również obecna, podobnie jak inne prawa i wolności obywatelskie, w ustroju amerykańskim za pośrednictwem prawa naturalnego, stanowiącego fundament tamtejszej państwowości, a które zostało jedynie częściowo utrwalone w postaci ustawy zasadniczej⁷. Niemniej już uchwalona w 1791 r. Karta Praw (*Bill of Rights*), włączona do Konstytucji USA w postaci pierwszych dziesięciu poprawek, zagwarantowała uznanie podstawowych uprawnień obywatelskich, pośród których wolność religijna zajmuje pierwszą pozycję. Poglądy na możliwość hierarchizowania praw obywatelskich na podstawie rozumowania *a rubrica* pozostają rozbieżne, ale argument za przyznaniem wolności religijnej szczególnego miejsca⁸ zdaje się być bardziej uzasadniony, niż uznanie przypadkowego charakteru wewnętrznego usystematyzowania katalogu⁹.

⁶ R. Małajny, *Mur separacji – państwo a kościół w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Katowice 1992, s. 103.

⁷ D. Kmiec, B. Presser, C. Eastman, R. Marcin, *The history, philosophy and structure of the American Constitution*, New York 2009.

⁸ F. Longchamps de Bérier, *Church and State relations: separation without the wall*, *Studia Iuridica* 1995, nr 30, s. 61.

⁹ R. Małajny, *Mur...*, s. 107.

W ramach zasady wolności religijnej z I Poprawki do Konstytucji USA wyróżnia się dwie naczelne reguły funkcjonowania państwa względem Kościoła. Pierwsza z nich (*establishment clause*) łączy się z realizacją rozdziału Kościoła od państwa i wyłączeniem możliwości ustanawiania prawa oficjalnie uznającego (*establish*) jedno z wyznań za obowiązujące, przyznania szczególnych praw jego wyznawcom ani zapewnienia publicznego wspierania jego działalności. Zadaniem drugiej z zasad (*free exercise clause*) jest z kolei umocnienie wolności praktyk religijnych, którą można utożsamiać ze swobodą wyznania, z którą wiąże się możliwość posiadania oraz uzewnętrzniania poglądów w sferze wyznaniowej. Istotną kwestią pozostającą do rozważenia jest relacja między obydwoma powyższymi klauzulami. Pełna separacja i obojętność państwa na kwestie wyznaniowe wyklucza praktyczną realizację swobody wyznania, bo będzie wiązała się z wyłączeniem praktyk religijnych ze sfery publicznej. Byłoby to rozwiązanie rażąco niespójne nie tylko z dziedzictwem kraju, ale także z jego konstytucyjnym zobowiązaniem do umożliwienia uzewnętrzniania swoich poglądów przez obywateli. Z kolei nadmierne wspieranie działalności wyznaniowej może doprowadzić do promowania konkretnej grupy religijnej (zaś jej unicestwienie – do promowania sekularyzmu jako „wyznania” obowiązującego). To natomiast stanie w sprzeczności z klauzulą *no establishment*.

W doktrynie i orzecznictwie przeprowadzono burzliwą dyskusję między wzajemną relacją obydwu zasad, w której uzasadniono każdy z możliwych rezultatów¹⁰. Tego typu nierozstrzygalny spór rozstrzyga się jednak najpewniej stwierdzeniem, że istnieje między nimi pewna funkcjonalna współzależność, a argument o hierarchizacji norm konstytucyjnych pozostaje wątpliwy¹¹. „Sąd walczył bowiem, by znaleźć neutralny kurs pomiędzy dwiema klauzulami religijnymi, (...) z których każda, jeśli będzie rozszerzona do ekstremum, będzie najpewniej kolidowała z drugą”¹². Choć orzeczenia w konkretnych stanach faktycznych odnoszących się do kwestii wolności religijnej są przez Sąd Najwyższy najczęściej badane w kontekście zgodności zachowania z jedną z klauzul¹³, to poprawna analiza konstytucyjnoprawna wymagałaby raczej każdorazowego ważenia obydwu z nich.

2.2. Pojęcie „neutralności” a symbole religijne w amerykańskiej przestrzeni publicznej – studium przypadków

Choć Stany Zjednoczone Ameryki są państwem opierającym na zasadach wolności i równości religijnej, to nie do przecenienia jest znaczenie religii chrześcijańskiej dla budowania tradycji oraz kultury amerykańskiej, jak też tworzenia kręgosłupa moralnego oraz prawnego ich społeczeństwa. Także dlatego symbole religii chrześcijańskiej są uważane przez obywateli za istotne. Dlatego też dążą oni do tego, by towarzyszyły im one w miejscach publicznych. W świecie, w którym pluralizm religijny jest daleko bardziej rozwinięty

¹⁰ *Ibidem*, s. 297–298.

¹¹ *Ibidem*, s. 301–302.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Walz v. Tax Commission of City of New York*, 397 U.S. 664, 668–669 (1970), Burger, J., *main opinion*; orzeczenie uznające zgodność z Konstytucją zwolnienia kościołów z podatku od nieruchomości.

¹³ P. Kurland, *The irrelevance of the Constitution: the Religion Clauses of the First Amendment and the Supreme Court*, Villanova Law Review 1978, wyd. 24.1, s. 15, cyt. za R. Małajny, *Mur ...*, s. 301.

i w którym powstało nieznane wcześniej zjawisko ateizmu, poddawano jednak w wątpliwość, czy obecność treści religijnych w używanej symbolice nie narusza I Poprawki do Konstytucji USA. Sąd Najwyższy USA rozstrzygnął w ostatnich latach szereg takich sporów, spośród których skupię się na tych wynikłych na tle obecności krzyża, szopki bożonarodzeniowej, menory oraz symbolu Dekalogu w przestrzeni publicznej USA.

W sprawie *Capitol Square Review and Advisory Board* przeciwko *Pinette* (1995) zapadło orzeczenie, w którym uznano za dopuszczalne, by „na podstawie neutralnej religijnie (*religiously neutral*) polityki (...) zezwolić podmiotowi prywatnemu na umieszczenie symbolu religijnego [krzyża] w miejscu publicznym [tj. parku]”¹⁴. W powyższym orzeczeniu stwierdzono, że bezzasadne jest „sugerowanie, że neutralne prawa są wadliwe, gdy hipotetyczny obserwator, w sposób nawet uzasadniony, pomyli wyjątkową korzyść dla religii z jej instytucjonalnym promowaniem”¹⁵. Powołując się na utrwalone orzecznictwo¹⁶ w odniesieniu do *establishment clause* wskazano, że neutralna względem religii polityka państwa może „w sposób niezamierzony sprzyjać religii”¹⁷, przypominając, iż „uznanie [prawa podmiotu wyznaniowego do dostępu do dóbr publicznych] jest symptomem neutralności bardziej niż promowania (*endorsement*) (...)”¹⁸.

W wyroku w sprawie *Salazar* przeciwko *Buono* (2010) Sąd Najwyższy USA uznał zgodność z prawem ponownego usytuowania na gruncie publicznym, w odosobnionym miejscu pustyni Mojave, krzyża tradycyjnie upamiętniającego w tej okolicy weteranów wojennych. Argumentu z zasady neutralności użyto w sprawie w zdaniu zbieżnym sędziego Samuela Alito dla potwierdzenia słuszności orzeczenia, wskazując, że „usunięcie pomnika byłoby symbolem nie tyle neutralności, co wrogości co do religii nacechowanej na wyeliminowanie wszelkich miejsc publicznych jakichkolwiek śladów religijnego dziedzictwa kraju”¹⁹. Został on jednak zastosowany także dla wsparcia uzasadnienia zdania odrębnego sędziego Johna Paula Stevensa, w którym określił zachowanie władzy publicznej jako nieneutralne, ponieważ pokazało ono, że jego celem było „sprzyjanie (*favor*) symbolowi krzyża”²⁰.

Ostatnio kwestia krzyża w miejscu publicznym pojawiła się przed Sądem Najwyższym w serii spraw *Mount Soledad Memorial Association* przeciwko *Trunk* i *Mount Soledad Memorial Association* przeciwko *Stanom Zjednoczonym*, dotyczących symbolu umieszczonego od ponad 100 lat na Mount Soledad, ostatnio tworzącego

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Capitol Square Review and Advisory Board v. Pinette*, 515 U.S. 753, 757 (1995), by Scalia, J., *main opinion*.

¹⁵ *Ibidem*, 768.

¹⁶ Wyroki Sądu Najwyższego USA w sprawach *Bowen v. Kendrick*, 487 U.S. 589, 608 (1988); *Witters v. Washington Dept. of Services for Blind*, 474 U.S. 481, 486-489 (1986); *Mueller v. Allen*, 463 U.S. 388 (1983); *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961).

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Capitol Square Review and Advisory Board v. Pinette*, 515 U.S. 753, 764 (1995), by Scalia, J.

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Board of Education of Westside Community Schools v. Mergens*, 496 U.S. 226, 251 (1990), by O'Connor, J., *main opinion*; orzeczenie uznające sprzeczność z Konstytucją zakazu spotkań koła biblijnego na terenie szkoły.

¹⁹ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Salazar v. Buono*, 559 U.S. 700, 726 (2010), Alito, J., *concurring*.

²⁰ *Ibidem*, 750, Stevens, J., *dissenting*.

część pomnika upamiętniającego weteranów. Zarówno jednak w 2012²¹, jak i 2014 r.²² odmówiono sprawom merytorycznego rozpatrzenia (przyznania *writ of certiorari*), ze względu na brak ostatecznego orzeczenia w niższej instancji. W obydwu przypadkach sędzia Samuel Alito sporządził krótkie opinie o charakterze technicznym, przy czym za pierwszym uzupełnił ją także o stanowisko merytoryczne w sprawie. Stwierdził w nim, że określenie statusu krzyża jest kwestią szczególnie istotną, wymagającą jasnego stanowiska, a zarysowując poprzednie opinie sądu w zbliżonych sprawach, powtórzył swój argument ze swego zdania odrębnego w sprawie *Salazar* przeciwko *Buono*, cytowanego również tu wcześniej. Wskazał w nim, że unikanie „poparcia” (*endorsement*) dla religii nie wymaga usunięcia wszystkich symboli religijnych z gruntów publicznych, a także że usunięcie krzyża byłoby nie tyle znakiem neutralności, co wrogości²³.

W orzeczeniu w sprawie *Pinette* posłużono się przykładami z rozważań na temat usytuowania innego rodzaju symbolu religijnego, tutaj szopki bożonarodzeniowej, w miejscu publicznym, zawartych w orzeczeniach sprawach *Lynch* przeciwko *Donnelly* (1984) oraz *County of Allegheny* przeciwko *American Civil Liberties Union (ACLU) of Pittsburgh* (1989). W pierwszym z nich uznano, że tradycyjne (od 40 lat) wznoszenie przez miasto religijnego symbolu Bożego Narodzenia pośrodku strefy handlowej i pomiędzy figurami przedstawiającymi innego rodzaju zwyczaje świąteczne, było zgodne z I Poprawką do Konstytucji USA. W zdaniu zbieżnym sędzi Sandry Day O'Connor pojawiło się stwierdzenie, że „jakkolwiek religijne (*religious, sectarian*) znaczenie szopki (...) nie jest neutralizowane (*neutralize*) przez otoczenie”, to „obserwatorzy mogą łatwo zrozumieć cel wystawy, jako typowej ekspozycji muzealnej, który, choć nie neutralizuje religijnej treści szopki, to wyklucza wniosek o promowaniu konkretnego wyznania”²⁴. Niemniej sędzia William Brennan w swym zdaniu odrębnym wskazał, że rząd powinien „pozostać staranny w utrzymywaniu neutralności względem religii”, by „uniknąć przesadnego uznawania (*acknowledge*) praktyk religijnych”²⁵. Dodał, że szopka „ma wyraźnie bardziej wyznaniowy charakter, niż te nawiązania do Boga, które akceptuje się w treści obrzędów, czy innych kontekstach, które zapewniają realizację zasady neutralności”²⁶, opierając się na argumencie, parafrazującym stwierdzenie, że: „władza nie może ustanawiać praw, które wspomagają (*aid*) religię, bądź religie, jak też, gdy preferuje jedną nad drugą”²⁷ ze sprawy *Everson* przeciwko *Board of Education in Ewing* (1947), że: „rząd utrzymuje postawę neutralności z uznaniem dla religii, gdy

²¹ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Mount Soledad Memorial Association v. Steve Trunk*, 132 S.Ct. 2535 (2012), by Alito, J.

²² Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Mount Soledad Memorial Association v. Steve Trunk*, 134 S.Ct. 2658 (2014), by Alito, J.

²³ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Mount Soledad Memorial Association v. Steve Trunk*, 132 S.Ct. 2535, 2535-2536 (2012), by Alito, J.

²⁴ Obydwa za: wyrokiem Sądu Najwyższego USA w sprawie *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668, 692 (1984), O'Connor, J., *concurring*.

²⁵ Obydwa za: *Ibidem*, 714, Brennan, J., *dissenting*.

²⁶ *Ibidem*, 717.

²⁷ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1, 15 (1947), by Black, J.; w orzeczeniu uznano zwrot kosztów dojazdu dzieci do szkół, w tym wyznaniowych, za konstytucyjny.

ani nie promuje (*advance*), ani nie powstrzymuje (*inhibit*) religii”²⁸. Należy również odnotować w nim jedyne spośród badanych spraw zastosowanie pojęcia bezstronności (*impartiality*), które oznacza, że „nie można dążyć do promowania jednego wyznania lub upośledzania (*handicap*) innego” i że ta reguła powinna być wzięta pod uwagę, gdy „rząd postanowił wprowadzić jakiś zapewne religijny element w swój ceremoniał publiczny”²⁹. W drugiej z przytoczonych spraw rozstrzygnięto, że niekonstytucyjne jest ustawienie w holu głównym sądu stanowego bożonarodzeniowej szopki, zaprojektowanej w tradycyjny, chrześcijański sposób i podpisanej „Gloria in excelsis Deo”. „Jeżeli [bowiem] rząd ma być neutralny w kwestii religii, bardziej niż dyskryminować obywateli na podstawie ich zewnętrznych wyborów, nie może promować praktyk religijnych części z nich ponad innymi”³⁰. Niemniej w swym zdaniu odrębnym sędzia Kennedy zwrócił uwagę, że „silna tradycja rządowego przyjęcia (*accomodate*)” świąt oraz ich religijnych składników sprawia, że usunięcie ich „oznaczałoby nie tyle neutralność, ale zamiar wyłączenia władzy od [powiązań ze] wszystkim, co religijne”³¹.

Sądowa analiza dotyczyła także przedstawień Dekalogu w przestrzeni publicznej. W orzeczeniu w sprawie *McCreary County* przeciwko *Amerian Civil Liberties Union of Kentucky* (2005) rozstrzygnięto, że niekonstytucyjne jest umieszczenie Dekalogu na wystawie w budynku sądowym, początkowo samodzielnie, natomiast później pośród ekspozycji wzbogaconej o inne elementy kształtujące tożsamość amerykańską, gdy stopniowo powstawały zarzuty co do nadmiernego promowania religii. Sąd ustalił, że w obliczu „historii” ekspozycji, zauważa się religijnie motywowany cel działań władzy publicznej. „Obserwator mógłby podejrzewać, że władza poszukiwała jakiegokolwiek sposobu (*any way*), by utrzymać religijny dokument na ścianach gmachu sądowego, będąc konstytucyjnie zobowiązana (*constitutionally required*) do utrzymania neutralności religijnej”³². Niemniej w swym zdaniu odrębnym sędzia Antonin Scalia odrzucił takie stosowanie argumentu z zasady neutralności, jako że „Sąd nie miał wystarczającej odwagi (*courage*) lub brawury (*foolhardiness*), by konsekwentnie stosować regułę neutralności”³³, i zignorował to, jak przedstawiono ją w sprawach *Walz* przeciwko *Tax Comission*, *Marsh* przeciwko *Chambers*, czy *Zorach* przeciwko *Clauson*. Tylko bowiem „trwałość praktyki w tym zakresie” (ignorowania właściwie rozumianej zasady neutralności) „mogłaby być dobrym powodem (*good reason*) dla uznania, że zasada neutralności [rozumiana tak, jak w niniejszym orzeczeniu] jest [istniejącą, aczkolwiek] błędną interpretacją konstytucji, ale nie już wystarczająco dobrym powodem, by pozwalać na kontynuowanie tej niekonstytucyjnej praktyki”³⁴.

²⁸ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Lynch v. Donelly*, 465 U.S. 668, 698 (1984), Brennan, J., *dissenting*.

²⁹ Obydwa za: *ibidem*, 714.

³⁰ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *County of Allegheny v. ACLU of Pittsburgh*, 492 U.S. 573, 627 (1989), O'Connor, J., *concurring*.

³¹ Obydwa za: *ibidem*, 664, Kennedy, J., *dissenting*.

³² Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844, 873 (2005), by Souter, J., *main opinion*.

³³ *Ibidem*, 890, J. Scalia, *dissenting*.

³⁴ *Ibidem*, 892.

Tego samego dnia zapadło drugie orzeczenie w zbliżonej tematyce, mianowicie w sprawie *Van Orden* przeciwko *Perry* (2005). Pozytywnie rozstrzygnięto w nim o zgodności umieszczenia obelisku przedstawiającego Dekalog, otoczonego przez inne monumenty upamiętniające ważne dla regionu wydarzenia oraz symbole, a położonego w miejskim parku rozdzielającym teksański kapitol i sąd stanowy. W zdaniu zbieżnym sędzieja Stephen Breyer stwierdził, że „gdy odnosimy się do *establishment clause*, testy zaprojektowane, by badać samą neutralność, są niewystarczające, ponieważ stwierdzenie, czy regulacja jest neutralna, bywa trudne”³⁵, a, za orzeczeniem w sprawie *Abington* przeciwko *Schempp* przypomniawszy, że „niekontrolowane oddanie” (*untutored devotion*)³⁶ pojęciu neutralności może prowadzić do sekularyzmu i wrogości wobec religii. W zdaniu odrębnym sędzieja David Souter³⁷ przypomniawszy jednak, że „choć pierwszej poprawki nie czytano w ten sposób, by upoważniać do stosowania absolutnej rządowej neutralności (*absolute governmental neutrality*) wobec religii (...) to *establishment clause* wymaga neutralności jako generalnej zasady. W kolejnym zdaniu odrębnym sędzieja John Stevens dodał, że pojęcie neutralności wymaga tego, by „rząd nie preferował (*exercise a preference*) jednej religii nad inną”³⁸ i uznał, że jest przewodnie (*guide*) dla niniejszej analizy. „Jeżeli bowiem takie przesłanie jest dopuszczalne, wtedy lśniąca (*shining*) zasada neutralności, do której na długo przystępowano, jest niczym innym niż tylko zwykłym cieniem (*mere shadow*)”³⁹. Orzeczenie w niniejszej sprawie miało bowiem „zakpić (*make a mockery*) z konstytucyjnego ideału, że rząd musi pozostać neutralny między religią a niereligią (*irreligion*)”⁴⁰.

2.3. Kwestia religijnej treści krzyża

W życiu publicznym obydwu omawianych państw trwale akceptuje się obecność retoryki, czy symboliki religijnej mającej charakter ornamentacyjny wobec obrzędów publicznych. W Stanach Zjednoczonych jest nimi np. prezydencka przysięga składana na egzemplarz Biblii, państwowe motto „Wierzymy w Boga” (*In God we trust*), czy rozpoczynanie obrad wielu państwowych organów kolegialnych od modlitw. Z punktu widzenia zasady *no establishment* należałoby uznać je za najczystszy przykład ustanowienia wyznania obowiązującego, o ile przedmiotem badania byłby rzeczywiście religijny charakter obrzędów. Trudno jednak uznać wskazane praktyki za sposób reprezentowania określonego światopoglądu. Wręcz przeciwnie, stanowią one raczej przejaw uwydatnienia teistycznej natury człowieka oraz przyjęcia, że religia i religijność jako takie stanowią cenny fundament etyczny⁴¹. Niekiedy określa się *civic religion* wręcz

³⁵ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677, 699 (2005), Breyer, J., *concurring*.

³⁶ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *School District of Abington Township v. Schempp*, 374 U.S. 203, 306 (1963) Goldberg, J., *concurring*.

³⁷ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Van Orden v. Perry* 545 U.S. 677, 737 (2005), Souter, J., *dissenting*.

³⁸ *Ibidem*, 709, Stevens, J., *dissenting*.

³⁹ *Ibidem*, 722.

⁴⁰ *Ibidem*, 735.

⁴¹ R. Małajny, *Mur...*, s. 312.

jako system ideowy obrzędowości publicznej zorientowanej na wywyższenie pozycji państwa i ludu, legitymizacji ich działań, integrację obywateli wobec wspólnych wartości, jak również nadania ich działaniom specjalnego uzasadnienia⁴².

Wątpliwym jest jednak, czy pozbawienie takich symboli religijnej treści jest spójne z poszanowaniem praw wyznawców, którzy dla zachowania istnienia pewnych znaków (jak np. modlitwa) w przestrzeni publicznej, musieli w argumentacji zgodzić się na wyzucie ich z religijnej treści⁴³. Taki argument był podany wprost w zdaniu odrębnym sędziego Williama Brennana do orzeczenia w sprawie *Lynch*, w którym zwrócił on uwagę, że rola szopki została zepchnięta do jedynie „neutralnego zwiastunu okresu ferii bożonarodzeniowych, używanego do celów wyłącznie komercyjnych, przy pozbawieniu go znaczenia religijnego”⁴⁴. Miało to stanowić „pyrrusowe zwycięstwo” miasta, które uzyskało możliwość skorzystania z symbolu szopki jedynie za cenę przyznania, że nie jest religijnym symbolem.

2.4. Znaczenie pojęcia neutralności w kontekście obecności symboli religijnych w amerykańskiej przestrzeni publicznej

Już na podstawie wycinka rozważań Sądu Najwyższego USA oraz poglądów doktryny, świadczących o uznaniu pojęcia neutralności jako reguły racjonalności⁴⁵ dla stosunków państwo – Kościół oraz podjęciu przezeń obowiązków „strażnika zasady neutralności”⁴⁶, wynika całkowity brak spójności znaczeniowej w użyciu pojęcia. Może to właśnie z niego wynika wyraźne ograniczenie stosowania tego terminu w ostatnich latach, chociażby ze względu na zmianę polityki wobec Kościoła, zwłaszcza wobec odrzucenia skrajnie laickiego kursu do lat 90. XX wieku?

Z jednej strony omawianego pojęcia używano dla określenia relacji przyjaznej, „życzliwej neutralności” (*benevolent neutrality*)⁴⁷, akcentującej pozytywny stosunek dla religii, której organizacje aktywnie wspierają moralny oraz harmoniczny rozwój społeczeństwa i która ze względu na tradycję kraju powinna zasługiwać na szczególne uznanie, w tym uwzględnienie w przestrzeni publicznej, o ile nie doprowadzi to do zagrożenia dla wolności religijnej, w którą rząd nadmiernie ingeruje⁴⁸. Także teistyczne nastawienie społeczeństwa oraz poparcie religii jako zjawiska społecznego sprawiały, że religia bywała faworyzowana nad areligijnością. Tak na przykład w orzeczeniu w sprawie *Zorach* przeciwko *Clauson* (1952) stwierdzono, że „rząd musi być neutral-

⁴² M. Potz, *Granice wolności religijnej. Kwestie wolności sumienia i wyznania oraz stosunku państwa do religii w USA*, Wrocław 2008, s. 202.

⁴³ M. Tushnet, *The religious rights' agenda – symbols and money* [w:] *A Court divided*, New York – London, s. 184.

⁴⁴ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668, 727 (1984), Brennan, J., *dissenting*.

⁴⁵ R. Audi, *Democratic...*, *passim*.

⁴⁶ T. Zieliński, *Klauzule...*, s. 93.

⁴⁷ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Walz v. Tax Commission of City of New York*, 397 U.S. 664, 669 (1970), by Burger, J.

⁴⁸ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677, 683 (2005), by Rehnquist, J.

ny, gdy dochodzi do stosunków pomiędzy związkami wyznaniowymi⁴⁹. Wydaje się, że taki model można utożsamiać z neutralnością otwartą. Zakłada ona brak ingerencji państwa w sprawy przekonań obywateli, jak też sprawy wewnętrzne kościołów⁵⁰, nie sprzeciwiając się zarazem współdziałaniu obydwu w działaniach na rzecz dobra publicznego. Zdaje się ona też nawiązywać do koncepcji „wolności do”, mianowicie pierwotnego charakteru swobody wyznania jako swobody pojedynczego obywatela do aktywnego zaangażowania w działalność zarówno państwową, jak i wyznaniową.

Odmienne rozumienie zasady można wywnioskować przede wszystkim na podstawie orzeczenia w sprawie *Everson przeciwko Board of Education in Ewing* (1947), w którym zasada neutralności została określona, jako rządząca stosunkami państwo – Kościół. Dodatkowo w orzeczeniu pojawił się argument, iż „pierwsza poprawka wymaga, by państwo zachowało neutralność w relacjach z grupami osób wierzących, jak i niewierzących” oraz iż „władza państwowa nie może być używana ani do utrudniania (*handicap*) funkcjonowania, ani do faworyzowania (*favor*) religii”⁵¹. Znane jest ono jednak przede wszystkim ze względu na użycie w nim przez sędziego Hugo Blacka metafory „muru separacji” (wywodzonej z interpretacji stosunków wyznaniowych autorstwa Thomasa Jeffersona⁵²), wskazanej jako kierunkowej dla określenia relacji państwo – Kościół⁵³ i mówiącej, że „pierwsza poprawka stworzyła mur między Kościołem a państwem, mur ten musi być wysoki i nieprzejdny” (*high and impregnable wall*), jak również, że niedopuszczalna jest „akceptacja jakiegokolwiek pęknięcia”⁵⁴. Treść zewnętrzna metafory, która choć nie zyskała trwałej akceptacji w orzecznictwie, zaczęła odrywać się od kontekstu oraz stała się, wobec swobodnego, różnorakiego rozumienia⁵⁵, argumentem dla budowania modelu separacji Kościoła i państwa. Zmierziała częstokroć do tworzenia się zasady stronnictwej, obojętnej neutralności, wg której jakikolwiek ślad współdziałania państwa i Kościoła miał być niedopuszczalny w świetle Konstytucji USA. Neutralność, zwana zamkniętą, może pociągnąć za sobą eliminację treści religijnych z przestrzeni publicznej, aż do zakazu jakiegokolwiek uzewnętrzniania przekonań religijnych w życiu publicznym i ateizacji społeczeństwa za pomocą struktur państwowych⁵⁶. Wiąże się ona też z postulatem „wolności od”, mianowicie wolności od szeroko pojętych prześladowań religijnych, zatem uznania priorytetu zasady *no establishment* względem *free exercise*.

⁴⁹ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Zorach v. Clauston*, 343 U.S. 306, 314 (1952), by Douglas, J.; w orzeczeniu stwierdzono, że konstytucyjne jest umożliwienie wyjścia uczniom ze szkół podczas zajęć dla odbycia kursów o charakterze religijnym we własnych związkach wyznaniowych.

⁵⁰ J. Krukowski, *Konstytucyjne...*, s. 91.

⁵¹ Obydwa za: wyrokiem Sądu Najwyższego USA w sprawie *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1, 18 (1947), by Black, J., *main opinion*.

⁵² List T. Jeffersona do Baptystów z Danbury, Connecticut (1802).

⁵³ J. Krukowski, *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2008; R. Małajny, *Mur...*, *passim*.

⁵⁴ Obydwa za: wyrokiem Sądu Najwyższego USA w sprawie *Everson przeciwko Board of Education*, 330 U.S. 1, 18 (1947), by Black, J., *main opinion*.

⁵⁵ F. Longchamps de Brier, *Separation...*, s. 75.

⁵⁶ J. Krukowski, *Konstytucyjne...*, s. 92–3.

Trzeci sposób pojmowania pojęcia, który można by nazwać, na potrzeby niniejszego artykułu, neutralnością właściwą, bądź *sensu stricto*, został zaprezentowany zwłaszcza w orzeczeniu w sprawie *Abington* przeciwko *Schempp* (1963). Tam Sąd podsumował, że ze względu na istnienie *establishment clause* i wobec doświadczeń historii, zakazuje się powiązania funkcji władzy publicznych z religijnymi, jak również zapewnienia oficjalnego wsparcia jednym przez drugie. Badanie kwestii neutralności takiego rozstrzygnięcia sytuacji ma dokonać się przez test celu (*purpose*) i zamierzonego skutku (*primary effect*), spośród których żadnym nie może być wspomaganie ani utrudnienie (*advancement or inhibition*) funkcjonowania religii⁵⁷. Kolejnym motywem dla zastosowania klauzuli neutralności jest wywodzone z *free exercise clause* uznanie wartości, jaka kryje się za praktyką religijną, przy jednoczesnej wolności od państwowego przymusu do jej wykonywania⁵⁸. W ten sposób neutralność miałyby oznaczać takie podejście państwa do Kościoła, które nie jest dla niego ani wrogie, nieprzyjazne, obojętne (co wykluczałoby realne korzystanie ze swobody wyznania), ani też nazbyt promujące konkretne wyznanie lub nawet religię jako taką (co czyniłoby wtedy wątpliwym rzeczywiste funkcjonowanie zasady *no establishment*). Neutralność właściwa byłaby taką relacją, która pozwalałaby związkom wyznaniowym na swobodne funkcjonowanie w państwie dokładnie na takich zasadach, jakie byłyby stosowane dla identycznego pod względem wielkości oraz znaczenia dla dobra publicznego związku niewyznaniowego. Odchodząc od przypisywania zasadzie neutralności treści, czy to pozytywnej ingerencji w pożądaną działalność kościołów, czy negatywnego działania polegającego na ich izolowaniu, które zdaje się odbierać takiemu pojęciu sens⁵⁹, można odnaleźć jego prawdziwe znaczenie. Znaczenie, które ujawnia się w pełnym wzajemnym zrównoważeniu się *establishment clause* z *free exercise clause*.

Należy jednak zwrócić uwagę, że istnienie trzeciego modelu w niniejszym zestawieniu może mieć charakter wyłącznie teoretyczny. W zdaniu zbieżnym sędziego Arthura Goldberga do orzeczenia w sprawie *Abington* stwierdzono, że „niekontrolowane oddanie koncepcji neutralności może prowadzić do uznania rezultatów, które zakładają nieingerencję (*noninvolvement*) w sprawy religijne, czego konstytucja wymaga, lecz także dominujące oddanie świeckości i biernej, lub nawet aktywnej, wrogości do religii”⁶⁰. Szczególnie często obecne było zwrócenie się z neutralnego *sensu stricto* kursu w kierunku neutralności wrogiej, m.in. poprzez rozwinięcie testu celu i zamierzonego skutku z orzeczenia w sprawie *Abington* o „brak nadmiernego zaangażowania (wplątania) rządu w sprawy religii” (*no excessive entanglement*)⁶¹ w orzeczeniu *Lemon* prze-

⁵⁷ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *School District of Abington Township v. Schempp*, 374 U.S. 203, 222 (1963), by Clark, J.; w orzeczeniu stwierdzono niekonstytucyjność aktu nakazującego dobrowolne, codzienne, czytanie Biblii i odmawianie Modlitwy Pańskiej podczas zajęć szkolnych.

⁵⁸ *Ibidem*, 223, J. Clark, *main opinion*.

⁵⁹ Por. J. Szymanek, *Bezstronność...*, s. 43.

⁶⁰ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *School Dist. of Abington Township v. Schempp*, 374 U.S. 203, 306 (1963), Goldberg, J., *concurring*.

⁶¹ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 614 (1971), by Burger, J., *main opinion*; w orzeczeniu stwierdzono, że niekonstytucyjne są dotacje dla szkół niepublicznych (w tym

ciwko Kurtzman (1971). Podobnie jak metafora „muru”, tak i test *Lemon* uległy jednak degeneracji, a ich bezkrytyczne oraz mechaniczne stosowanie doprowadziły do skutków całkowicie niezgodnych z amerykańskim ustrojem oraz doktryną wolności religijnej. W celu odejścia od sprzyjającego wrogiemu modelowi relacji państwo – Kościół zastosowano nowe testy „poparcia” (*endorsement*)⁶²; czy „przymuszenia” (*coercion*)⁶³, które jednak nie zyskały trwałej popularności w orzecznictwie.

3. Przykład polski

3.1. Regulacja kwestii religijnej w systemie ustrojowym

Powstanie państwa polskiego, a zwłaszcza datowanie go na rok chrztu jego władcy, księcia Mieszka I, jeszcze czytelniej wskazuje na znaczenie religii w historii oraz tradycji polskiej. W dużej mierze w nawiązaniu do dziejów Narodu, polska regulacja zasady wolności religijnej pozostaje o wiele bardziej rozbudowana, jak również konkretna. Już w preambule pojawia się odniesienie do Boga, który jest podstawowym (choć nie jedynym) źródłem prawdy, sprawiedliwości, dobra i piękna. Czasem taka treść wstępu do ustawy zasadniczej podważana jest jako wykraczająca poza kompetencje prawodawcy świeckiego, który nie powinien definiować w niej Boga. Uznaje się jednak także, że jej celem jest zapewnienie, że niemożliwym będzie nadanie ateizmowi charakteru religii państwowej⁶⁴. Art. 25 Konstytucji RP tworzy katalog zasad ustrojowych relacji państwa i kościołów oraz związków wyznaniowych, opierający się na regułach równouprawnienia, bezstronności, autonomii, niezależności oraz konsensualnego określania stosunków (w drodze czy to konkordatu z posiadającą podmiotowość międzynarodową Stolicą Apostolską, czy w drodze ustaw uchwalonych na podstawie zawartych umów). Z kolei art. 53 Konstytucji RP reguluje zasadę wolności wyznania obejmującą m.in. swobodę uprawiania kultu i uczestniczenia w praktykach religijnych, wychowania dzieci w zgodzie z przekonaniami, nauczania religii w szkole, uzewnętrzniania religii, nieujawniania swego światopoglądu. Szczątkowe regulacje znajdują się także m.in. w art. 48 o wychowaniu dzieci oraz w art. 85 o służbie wojskowej. Tak bardzo różny kształt regulacji zdaje się wynikać nie tylko z przyjęcia różnej formy i objętości tekstu ustawy zasadniczej, ale także przyjętego przez nią modelu relacji państwo – Kościół, opartego w przypadku Polski wprost na zasadzie współdziałania i z wskazaniem przykładowych sposobów jego realizacji.

wyznaniowych) na pokrycie kosztów materiałów do zajęć, jak również dopłat do pensji nauczycieli uczących przedmiotów niereligijnych.

⁶² Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Lynch v. Donelly*, 465 U.S. 668, 690 (1984), O'Connor, J., *concurring*.

⁶³ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *County of Allegheny v. ACLU of Pittsburgh*, 492 U.S. 573, 662 (1989), Kennedy, J., *dissenting*.

⁶⁴ L. Garlicki, *Preambuła* [w:] *Komentarz do Konstytucji RP*, t. 1, rozdział dot. preambuły, Warszawa 1999, s. 11.

3.2. Pojęcie bezstronności a symbol krzyża w polskiej przestrzeni publicznej – studium przypadków

Zajęcie przez krzyż trwałego miejsca w polskiej przestrzeni publicznej miało o wiele bardziej tradycyjny charakter. Wywodzi się bowiem z chrześcijańskich początków państwa, którym usilnie (choć ostatecznie bez powodzenia) próbowano zaprzeczać jeszcze nieco ponad ćwierć wieku temu. Zawieszanie krzyży w budynkach o przeznaczeniu publicznym dokonywało się zazwyczaj spontanicznie, wolą obywateli, najczęściej w reakcji na zmianę ustroju i tym samym stosunków wyznaniowych – z opartych na prymacie światopoglądu ateistycznego na bardziej przyjazne⁶⁵. Nie zawsze spotykało się to jednak z akceptacją całego społeczeństwa i dlatego stawało się przedmiotem analiz sądowych oraz przedsądowych, w których rozważano zgodność zawieszenia, obecności, czy wreszcie zdjęcia krzyża z prawną regulacją stosunków państwa wobec Kościoła.

Już w 1990 r. Sąd Najwyższy⁶⁶ orzekł o bezzasadności wypowiedzenia umowy o pracę dla pracownika biurowego, który odmówił wykonania wydanego przez pracodawcę nakazu zdjęcia krzyża. W swym orzeczeniu stwierdził, że symbolika krzyża jest nie tylko chrześcijańska, ale także ogólnoludzka, oraz że jego obecność w biurze pracownika w żaden sposób nie obraża wolności wyznania.

Pojęcie bezstronności pojawiło się w praktycznych rozważaniach nad wolnością religijną w Polsce już krótko po wprowadzeniu go do katalogu zasad ustrojowych Konstytucji RP. W 1998 r. Sąd Apelacyjny w Łodzi⁶⁷ wypowiedział się w kwestii dopuszczalności umieszczenia krzyża w sali obrad Rady Miejskiej w Łodzi, przyjmując za swój pogląd wyrażony przez sąd I instancji o tym, że: „bezstronność światopoglądowa, religijna i filozoficzna władzy publicznej odnosi się do wykonywania funkcji władczej poprzez stanowienie i stosowanie prawa w ramach swego imperium. Nie odnosi się do wystroju wnętrza pomieszczeń organów kolegialnych. Umieszczenia krzyża nie zakazuje ani Konstytucja Rzeczypospolitej odwołująca się w swej preambule także do Boga, ani ustawy zwykle (...)”. Leszek Wiśniewski uznał za trafne rozróżnienie funkcji władczej organu opartej na zasadzie legalizmu oraz zasady wolności administrujących gmachem w wykonywaniu prawa własności. Ci z kolei mogą działać, dopóki nie naruszą prawa⁶⁸. Odmiennie przedmiotowy wyrok ocenił Michał Pietrzak, który wskazał, że bezstronność powinna cechować każde działanie władzy. Z zasady z art. 25 ust. 2 Konstytucji RP wyinterpretował ponadto zakaz wieszania krzyża w takim miejscu publicznym⁶⁹. Podobne orzeczenie o zbliżonej treści i argumentacji zapadło także w sądzie apelacyjnym w Szczecinie, a skomentowano je jako niezgodne z prawem. Eksponowanie krzyży

⁶⁵ R. Piotrowski, *Opinia na temat wniosku dotyczącego wydania zarządzenia nakazującego usunięcie krzyża łacińskiego, znajdującego się w sali posiedzeń Sejmu RP*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych 2011, wyd. 4.

⁶⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6.09.1990 r., sygn. I PRN 38/90.

⁶⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 28.10.1998 r., sygn. I Aca 612/98.

⁶⁸ L. Wiśniewski, *Glosa do wyroku SA w Łodzi o sygn. I Aca 612/98*, Przegląd Sejmowy 2000, nr 3, s. 106.

⁶⁹ M. Pietrzak, *Glosa do wyroku SA w Łodzi o sygn. I Aca 612/98*, Przegląd Sejmowy 2000, nr 3, s. 110.

w państwowym urzędzie ma bowiem przeczyć zasadzie neutralności państwa i stanowić dyskryminację niekatolików⁷⁰.

Europejski Trybunał Praw Człowieka w orzeczeniu w sprawie *Lautsi* przeciwko Włochom (2006) rozstrzygał, na ile rządowy nakaz wieszania krzyża w szkołach narusza zasadę wolności wyznania. W wyroku z dnia 3.09.2009 r., stwierdził, że „państwowy obowiązek [zachowania] neutralności i bezstronności (*neutrality and impartiality*) jest niespójny (*incompatible*) z jego prawem do oceny dopuszczalności religijnych przekonań (*convictions*) albo sposobów wyrażania tych przekonań. W kontekście nauczania, neutralność powinna bowiem gwarantować pluralizm (*pluralism*)”⁷¹. Na kanwie tego orzeczenia, odrzucono argument, że „krzyż jest neutralnym i świeckim symbolem oddziaływującym na historię i tradycję Włoch, które są ściśle powiązane z chrześcijaństwem”⁷². W doktrynie z jednej strony uznano, że wyrok trafnie opisuje współczesny standard państwa neutralnego, które jest niejako niekompetentne w sprawach religijnych, areligijne, ale, przez sam brak promocji symbolu religijnego, niekoniecznie od razu mu wrogie⁷³. Z drugiej, zwrócono uwagę na wielość modelowych rozwiązań stosunków wyznaniowych w państwach europejskich – poczynawszy od antywyznaniowości (utożsamianej z *laïcité*), przez neutralność, do bezstronności – których odmiennność powinna zostać wzięte pod uwagę w tego rodzaju ocenach⁷⁴.

Na tle orzeczenia w sprawie *Lautsi*, w Europie rozgorzała fala protestów⁷⁵. Także Sejm RP zajął stanowisko w sprawie – w 2009 r. przegłosował uchwałę w sprawie ochrony wolności wyznania i wartości będących wspólnym dziedzictwem narodów Europy⁷⁶, w której podkreślił szczególną i nie tylko religijną rolę krzyża w państwie polskim oraz w kulturze europejskiej. Posłowie stwierdzili w niej m.in. że „znak krzyża jest nie tylko symbolem religijnym i znakiem miłości Boga do ludzi, ale w sferze publicznej przypomina o gotowości do poświęcenia dla drugiego człowieka, wyraża wartości budujące szacunek dla godności każdego człowieka i jego praw”, jak też, iż: „zarówno jednostka jak i wspólnoty mają prawo do wyrażania własnej tożsamości religijnej i kulturowej, która nie ogranicza się do sfery prywatnej”.

⁷⁰ K. Kędziora, *Orzeczenie: Obecność symboli religijnych w przestrzeni publicznej nie narusza dóbr osobistych*, <http://www.prawaczlowieka.edu.pl/index.php?orzeczenie=2c82513e25c553dfece46c99b6462368eb7f1b40-b0>, 28.09.2014.

⁷¹ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Lautsi* przeciwko Włochom, z dnia 3.11.2009 r., sygn. 30814/06.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ P. Borecki, D. Pudzianowska, *Glosa do wyroku ETPCz z dnia 3.09.2009 r. w sprawie Lautsi przeciwko Włochom*, PiP 2010, nr 4, s. 128.

⁷⁴ M. Kowalski, *Symbole religijne w przestrzeni publicznej – w poszukiwaniu standardów europejskich* [w:] *Prawne granice wolności sumienia i wyznania*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, L. Kondratiewicz-Bryzik, Warszawa 2012, s. 54; J. Weiler, *Wystąpienie w imieniu państw występujących do Wielkiej Izby ETPCz w charakterze interwenienta w sprawie Lautsi przeciwko Włochom*, z 30.06.2011 r., przeł. J. Siudyka, przedruk za Forum Prawnicze 2011, nr 1, s. 44.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 51.

⁷⁶ Uchwała z dnia 3.12.2009, M.P. 2009 nr 78 poz. 962.

Tymczasem już dwa lata po wyroku w sprawie *Lautsi*, Wielka Izba Trybunału na wniosek państw, ponownie podjęła sprawę i zmieniła poprzednie orzeczenie. W nowym wyroku uznała wiele z argumentów stron przeciwnych pierwotnemu orzeczeniu, m.in. zarysowanych w wystąpieniu pełnomocnika państw-interwenientów⁷⁷, Josepha Weilera. Zwrócił on m.in. uwagę Trybunału na błędy w rozumieniu pojęcia neutralności, mianowicie w tym, że „krzyż na ścianie klasy został odebrany jako wyraz oceny słuszności przekonań religijnych – chrześcijańskich – a przez to jako przejaw wrogości” oraz że niepoprawnie zrównano ze sobą pojęcia świeckości, laickości i neutralności.

W wyroku z dnia 18.03.2011 r. Trybunał wskazał bowiem, że kwestia obecności krzyża jest sprawą wewnętrzną państwa, które podejmuje odpowiedzialność za „umożliwianie, neutralnie i bezstronnie, praktykowania wyznań; których rolą jest pomoc w utrzymaniu porządku publicznego, harmonii religii i tolerancji w społeczeństwie demokratycznym”⁷⁸. Oceniał też, że „krzyż na ścianie jest symbolem biernym, co ma znaczenie dla zdania sądu, zwłaszcza w odniesieniu do zasady neutralności”⁷⁹, odróżniając go od aktywnej co do charakteru dydaktyki religijnej lub uczestnictwa w uroczystościach religijnych. Nie zaprzeczył ponadto religijnej treści krzyża, wskazując, że samo nakazywanie jego zawieszenia nie jest wystarczającym przejawem indoktrynacji religijnej. Także w zdaniach zbieżnych sędziowie podali znane i powtarzane argumenty, że „w świetle historii obecności krzyża na ścianach włoskich szkół, usunięcie go nie byłoby manifestacją neutralności państwa”, ale „narzuceniem na wniosek jednego z rodziców filozofii wrogości do krzyża na uznającą obecność symbolu filozofię pozostałych dwadzieściora dziewięciu”⁸⁰. Dodali, że „preferowanie świeckości ponad innymi światopoglądami – religijnymi, filozoficznymi, czy innymi – nie jest wyborem neutralnym”⁸¹.

Najbardziej znacząca debata na temat obecności krzyża, toczona w świetle zasad rządzących stosunkami państwo – Kościół, rozwinęła się w Polsce w związku z wnioskiem z dnia 9.11.2011 r., skierowanym przez niektórych posłów do Marszałek Sejmu o zdjęcie krzyża łacińskiego zawieszonego przez posłów w sali posiedzeń Sejmu RP. Wskazywali w nim, że obecność krzyża w Sejmie⁸² narusza bezstronność państwa do Kościoła⁸³, że powinna wymagać legalizacji⁸⁴ oraz iż jest sprzeczna z zasadą dystansu i pasywności światopoglądowej⁸⁵. Wywodzili je z zakazu ingerencji władzy w sprawy związków wyznaniowych oraz zakazu okazywania zarówno sympatii, jak i dezaprobaty wobec ich funkcjonowania. Wnioskodawcy żądali też przywrócenia

⁷⁷ J. Weiler, *Wystąpienie...*, s. 42 i 44.

⁷⁸ Wyrok Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, *Lautsi* przeciwko Włochom, z dnia 18.03.2009 r., sygn. 30814/06.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Wyrok Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, *Lautsi* przeciwko Włochom, z dnia 18.03.2011 r., sygn. 30814/06., zdanie zbieżne sędziego Donello.

⁸¹ Wyrok Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka *Lautsi* przeciwko Włochom, z dnia 18.03.2011 r., sygn. 30814/06, zdanie zbieżne sędziego Povera.

⁸² Krzyż został zawieszony w nocy z 19 na 20.10.1997 r. przez posłów T. Wójcika i P. Krutula.

⁸³ Wniosek z dnia 9.11.2011 r., s. 2.

⁸⁴ *Ibidem*, s. 3.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 4.

stanu zgodności z prawem przez jego usunięcie. By móc właściwie odpowiedzieć na wniosek, na zlecenie Marszałek Sejmu, powstały opinie prawne. W ich treści profesorowie prawa, specjaliści w zakresie prawa konstytucyjnego i wyznaniowego, stwierdzili, choć nie bez poczynienia pewnych zastrzeżeń, że obecność krzyża w sali posiedzeń Sejmu jest dopuszczalna prawnie. Tak Ryszard Piotrowski zauważył, że: „krzyż sejmowy ma [bowiem] podwójne znaczenie – jako znak religijny i symbol wartości niezwiązanych z przekonaniami religijnymi, a współtworzących aksjologię narodową ze względu na konteksty historyczne”, przy czym: „jedynie w znaczeniu związanym z przesłaniem aksjologicznym i patriotycznym, które polska historia przypisuje krzyżowi, jego obecność w sali sejmowej jest do pogodzenia z bezstronnością władzy publicznej w sprawach przekonań religijnych”⁸⁶. Zwrócił też uwagę, że zawieszenie krzyża było aktem prywatnym, o charakterze politycznym, nie zaś jedynie przejawem sprawowania kultu religijnego, bo jako taki mógłby rodzić pewne wątpliwości co do zgodności z zasadą bezstronności⁸⁷. Dariusz Dudek i Piotr Stanisław zauważyli zwłaszcza, że fakt obecności krzyża na swoim miejscu przez 14 lat, bez sprzeciwu aż do momentu zgłoszenia przedmiotowego wniosku, stanowi: „długotrwały kompromis i praktykowany konwenans prawny (a w jakimś sensie i polityczny) wśród parlamentarzystów”⁸⁸. Z kolei ewentualną podstawą prawną dla jego obecności może być omawiana w poprzedzającym akapicie uchwała Sejmu RP⁸⁹. Także Lech Morawski stanowczo stwierdził, że istnienie krzyża w sali Sejmu nie jest sprzeczne z zasadą bezstronności państwa wobec Kościoła, uzasadniając, iż: „uznanie, że z [symboli państwowych o pochodzeniu niemal ściśle religijnych, jak np. świąt, wydarzeń, pomników, dzieł literackich] należy zrezygnować, bo implikują one brak bezstronności państwa polskiego w sprawach wyznaniowych, oznaczałoby w praktyce wydziedziczenie Polaków z ich własnej tożsamości narodowej”⁹⁰.

3.3. Kwestia religijnej treści krzyża

Doktryna polskiego prawa konstytucyjnego, podobnie do nowszego orzecznictwa europejskiego, nie zaprzecza już religijnej treści krzyża. Zaznacza przy tym, że gdyby krzyż był symbolem wyłącznie religijnym, to jego usytuowanie np. w gmachach publicznych rodziłoby poważne wątpliwości co do zgodności z zasadą neutralności⁹¹. Dość powszechnie przyjmuje się jednak, że stanowi on, oprócz symbolu religijnego, wyznacznik patriotyzmu, uzasadnionego historią i tradycją polską, odwiecznie związaną z chrześcijaństwem.

⁸⁶ R. Piotrowski, *Opinia...*, s. 63.

⁸⁷ *Ibidem*, s. 64.

⁸⁸ D. Dudek, P. Stanisław, *Opinia prawna w sprawie wniosku grupy posłów o usunięcie krzyża z sali posiedzeń plenarnych Sejmu RP*, *Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych* 2011, nr 4, s. 98.

⁸⁹ *Ibidem*, s. 99.

⁹⁰ L. Morawski, *Opinia w sprawie wniosku grupy posłów o wydanie zarządzenia nakazującego usunięcie krzyża łacińskiego znajdującego się w sali posiedzeń Sejmu RP*, *Zeszyty prawnicze Biura Analiz Sejmowych* 2011, nr 4, s. 111.

⁹¹ R. Piotrowski, *Opinia...*

Wizja państwa świeckiego kłóci się z obecnością symboliki *stricte* religijnej. Po odejściu od wyznaniowego charakteru państwa wydaje się, że jest jednak możliwe przywrócenie symbolom religijnym, które stały się symbolami państwa wyznaniowego, ich pierwotnej treści jako składnika kultu religijnego⁹². Z drugiej strony, zakorzeniły się one w przestrzeni pozareligijnej, uzyskawszy dodatkową treść polityczną i społeczną⁹³. Ocena ich znaczenia jest więc zawsze subiektywna i sporna. Ani neutralność, ani bezstronność nie stanowią jednak bariery dla ich obecności w przestrzeni publicznej, która zostałaby jednak przekroczona przez istnienie symbolu wyłącznie religijnego we współczesnym państwie świeckim⁹⁴.

3.4. Znaczenie pojęcia bezstronności w kontekście obecności krzyża w polskiej przestrzeni publicznej

Na kanwie powyższych rozważań, na bazie omówionych stanów faktycznych oraz ogólnych zasad wypracowanych w nauce prawa wyznaniowego, można zauważyć, że: „zasada bezstronności władz publicznych w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych [istotnie] nie wyklucza pozytywnego zaangażowania się państwa na rzecz urzeczywistniania wolności sumienia i religii oraz umożliwienia obywatelom zaspokajania ich potrzeb w sferze religijnej”⁹⁵. Wyklucza ona: „uprzedzenia i zakłada zachowanie jednakowego dystansu (...) wobec określonych podmiotów”⁹⁶, dopóki ich regulacje nie będą istotnie różnicować ich sytuacji prawnej. W ramach tego na rzecz najszybszej możliwej wolności sumienia i wyznania pozwala na, czy wręcz nakazuje, pozytywną działalność państwa⁹⁷. Taki pogląd wiąże się z tym, że wobec religijnej treści preambuły opisującej ogólny charakter relacji państwa do Kościoła zakazuje się nadania ateizmowi charakteru religii państwowej⁹⁸. Wskazuje się odmiennie, iż: „pierwiastek religijny czy światopoglądowy może być stale obecny we wszystkich dziedzinach życia publicznego”. Wydaje się, że takie rozumienie bezstronności jest odmierne od właściwie rozumianej neutralności i zbliża się do jej wariantu życzliwego, szczególnie przyjaznego religii. W ten sposób uzyskuje się rezultat, zdaje się, bardziej zgodny z kulturą, historią oraz tradycją państwa silniej niż inne związane z chrześcijaństwem, zwłaszcza zaś katolicyzmem.

W Polsce pojęcie neutralności było szczególnie łączone z postulatem eliminacji, z nieingerowaniem oraz nieangażowaniem⁹⁹. Zwłaszcza kręgi kościelne obawiały się jednak, że jej stosowanie doprowadzi do uznania za obowiązującą w wariantcie zamkniętym¹⁰⁰,

⁹² J. Szymanek, *Obecność...*, s. 36-37.

⁹³ *Ibidem*, s. 38.

⁹⁴ *Ibidem*, s. 45.

⁹⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14.12.2009 r., sygn. K 55/07.

⁹⁶ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 31.01.2011 r., sygn. K 3/09.

⁹⁷ A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisławski, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2011, s. 79.

⁹⁸ L. Garlicki, *Preambuła...*, s. 11.

⁹⁹ *Ibidem*, s. 45.

¹⁰⁰ List episkopatu Polski z dnia 22.10.1994 r. w sprawie konstytucji, Tygodnik Powszechny, wyd. z dnia 6.11.1994 r.

na podstawie którego można by uzasadnić wyłączenie elementów *sacrum* z przestrzeni publicznej¹⁰¹. Należy jednak przyznać, że tego typu obawy nie znajdowały podstaw wobec rzeczywistego stosowania zasad neutralności i świeckości w praktyce relacji państwo – Kościół. Tak np. w sposób, który byłby zbliżony do opartego na modelu bezstronności, rozstrzygnięto kwestie udziału związków wyznaniowych w życiu publicznym, w tym dopuszczając np. nauczanie religii w szkołach. Argumentowano, iż: „[neutralność] może być podstawą do wprowadzenia obowiązku nauczania religii w szkołach państwowych, ale także nie może oznaczać zakazu takiego nauczania, jeśli życzą sobie tego zainteresowani obywatele. (...) Inne rozumienie tych pojęć oznaczałoby nie neutralność, a ingerencję państwa w wolność sumienia i wyznania obywateli”¹⁰². Niemniej, biorąc pod uwagę, że możliwe jest przypisanie pojęciu neutralności zupełnie innego znaczenia, wskazywano, że to pojęcie bezstronności lepiej opisuje relację, w której państwo jest aktywnie zaangażowane na kanwie obiektywnych kryteriów¹⁰³. Poza określeniem relacji instytucjonalnych, należy również podkreślić, że zasada bezstronności stanowi „rękojmię wolności sumienia”¹⁰⁴. W ramach realizowania modelu bezstronności możliwa jest również ochrona tożsamości narodowej, w tym wartości i symboliki chrześcijańskiej¹⁰⁵, powodując wręcz obawy o przesycenie życia publicznego elementami religijnymi¹⁰⁶. W doktrynie obecne są także głosy, że utrwalone pojęcia celowo zastąpiono dwuznacznymi, niejasnymi, by umożliwić wprowadzenie państwa chrześcijańskiego¹⁰⁷, choć akurat wieloznaczność i nieznajomość terminu bezstronności, nie inną zresztą od wieloznaczności pojęcia neutralności, może także stanowić bardzo negatywne konsekwencje dla religii w życiu społecznym¹⁰⁸. Nie sposób jednak nie zauważyć, że gdy uznać neutralność za pojmowaną wyłącznie w aspekcie otwartym, pojęcia można już uznać za synonimiczne¹⁰⁹.

4. Zasady neutralności i bezstronności na tle innych pojęć opisujących relację państwo – Kościół

4.1. Kwestia neutralności/bezstronności światopoglądowej i aksjologicznej

Nawet przyjęcie koncepcji neutralności i bezstronności światopoglądowej państwa nie oznacza jednak neutralności oraz bezstronności w przyjęciu aksjologii będącej podstawą jego funkcjonowania¹¹⁰. Tak w doktrynie amerykańskiej wskazuje się, że nie

¹⁰¹ A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisławski, *Prawo...*, s. 78.

¹⁰² Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30.01.1990 r., sygn. K 11/90.

¹⁰³ M. Pietrzak, *Państwo...*, s. 202; por. J. Szymanek, *Bezstronność...*, s. 45.

¹⁰⁴ *Ibidem*, s. 32.

¹⁰⁵ J. Krukowski, *Konstytucyjne...*, s. 80.

¹⁰⁶ M. Pietrzak, *Państwo...*, *passim*.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ J. Krukowski, *Konstytucyjne...*, s. 91.

¹⁰⁹ J. Boć, *Komentarz do art. 25 [w:] Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998.

¹¹⁰ J. Szymanek, *Bezstronność czy neutralność światopoglądowa państwa*, PiP 2004, nr 5, s. 48.

oznacza to wprost religijnej motywacji działań rządu, ale preferowanie w postępowaniu wartości nadrzędnych dla chrześcijaństwa¹¹¹. Mieści się w niej również zgoda na włączenie zasad chrześcijańskich do porządku *common law*¹¹². Jakkolwiek w dzisiejszym pluralistycznym społeczeństwie może być to trudne do zaakceptowania, to nie pozostaje bez uzasadnienia w konstytucjonalizmie amerykańskim. Znaczenie bowiem etyki chrześcijańskiej dla kształtowania moralności publicznej powszechnie uznaje się za niezaprzeczalne¹¹³. W tym zakresie regulacja polska jest bardzo zbliżona. Obejmuje kategorię wykluczenia nihilizmu aksjologicznego¹¹⁴ oraz bezideowości¹¹⁵ na rzecz oparcia działalności państwa na wartościach etycznych i religijnych. Ma ono uwzględniać pluralizm religijny oraz światopoglądowy współczesnego świata¹¹⁶, przy uznaniu korzeni chrześcijańskich (choć niekoniecznie pojmowanych w sensie teologicznym)¹¹⁷.

4.2. Inne pojęcia określające łącznie kształt relacji państwo – Kościół

Rozstrzygając o znaczeniu pojęć neutralności, czy bezstronności w relacjach władzy publicznej ze związkami wyznaniowymi, warto zwrócić uwagę na istnienie innych pojęć i zasad regulujących tę kwestię oraz łącznie wpływających na kształt stosunków państwo – Kościół¹¹⁸. Jest to zagadnienie szczególnie istotne, jako że w debacie publicznej częstokroć używa się, łącznie lub zamiennie, wielu pojęć, często w sposób niespójny i bez zachowania ich wyraźnych różnic znaczeniowych.

Stosunki wyznaniowe w państwie demokratycznym powinny być prowadzone na zasadzie równouprawnienia. Ludzi, niezależnie od posiadanych przez nich poglądów religijnych, cechuje bowiem jednakowa godność oraz równość. Nie musi ono jednak oznaczać równości faktycznej¹¹⁹ i zawsze identycznego traktowania wszystkich wyznań, co mogłoby prowadzić do zacierania granic między większością a mniejszością¹²⁰. Byłoby to przecież niezgodne z zasadą nakazującą traktować równo podmioty równe i podobnie podmioty podobne, biorąc pod uwagę cechy relewantne¹²¹. Na granicy nawet takiego rozumienia pojęcia równości należy zaznaczyć istnienie poglądów, że religia katolicka wprost cieszy się szczególnym szacunkiem w polskim konstytucjonalizmie¹²² oraz że przy szanowaniu odrębności mniejszościowych grup wyznaniowych

¹¹¹ J. Krukowski, *Polskie...*, s. 21.

¹¹² Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 457, 470-471 (1892) by Fuller, J.; orzeczenie wyraża aprobatę dla takich stanowisk innych sądów.

¹¹³ R. Audi, *Democratic Authority and the separation of Church and State*, New York 2011, *passim*.

¹¹⁴ L. Garlicki, Art. 25 [w:] *Komentarz do Konstytucji RP*, t. 1, rozdział dot. art. 25, Warszawa 1999, s. 19.

¹¹⁵ J. Szymanek, *Bezstronność...*, s. 48.

¹¹⁶ J. Krukowski, *Konstytucyjny model stosunków między państwem a Kościołem w III Rzeczypospolitej* [w:] *Prawo wyznaniowe w systemie prawa polskiego*, red. A. Mezglewski, Lublin 2004, s. 83.

¹¹⁷ *Ibidem*, s. 82.

¹¹⁸ J. Szymanek, *Bezstronność...*, s. 38, 45.

¹¹⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2.12.2009 r., sygn. U 10/07.

¹²⁰ R. Piotrowski, *Opinia...*, s. 65.

¹²¹ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9.03.1988 r., sygn. U 7/87.

¹²² L. Morawski, *Opinia...*, s. 109.

to poszanowanie praw większości powinno być zdecydowanie zapewnione¹²³. Takiej religii wiodącej nigdy nie było jednak w USA, w których też o wiele silniej akcentuje się niezależność powszechności wyznania od przyznania praw jego członkom. „Swoboda wyznania (...) nie może być poddana głosowaniu i nie zależy od wyniku żadnych wyborów”¹²⁴. Między innymi dlatego tak ważnym jest, by stosunki wyznaniowe były regulowane przez każde państwo niezależnie i z uznaniem jego historii oraz tradycji¹²⁵.

Pojęcie rozdziału (*separation*) w systemach ustrojowych obydwu omawianych państw nie jest wprost wysłowione, co jednak nie przeszkadza praktycznej realizacji tej zasady w ich praktyce konstytucyjnej, często już wobec prostego wniosku o braku kościoła państwowego¹²⁶. Tak chociażby Stany Zjednoczone zdają się być przykładem państwa, w którym separacja ma charakter wzorcowy¹²⁷. Kwestia rozdziału w polskim prawie konstytucyjnym jest również raczej powszechnie przyjęta, w związku z posiadaniem cech państwa rozdziału i jego w zasadzie powszechnie przyjętej¹²⁸ charakterystyki jako kraju separacji skoordynowanej¹²⁹. Zwłaszcza jednak w odniesieniu do pojęcia bezstronności, które w polskim konstytucjonalizmie zastąpiło pojęcie neutralności, pojawiają się głosy o powinności rozpatrzenia zastąpienia zasady rozdziału pewnego rodzaju relacją instytucjonalną¹³⁰. Jest to o tyle uzasadnione, że pojęcie rozdziału intuicyjnie kojarzy się z wywodzącą się z czasów oświecenia walką z religią i stanowieniem przez nie środka do ochrony obywateli przed zagrożeniem ze strony religii. Pojęciami pozbawionymi tej konotacji są „autonomia” i „niezależność”. Nie odchodzą one od wymogu wzajemnej współpracy podmiotów publicznych oraz wyznaniowych, ale chronią je przed szkodliwym dla obydwu uzależnieniem od siebie, umożliwiając w ten sposób realizację wolności religijnej¹³¹.

Zwraca się także uwagę, że pojęcie rozdziału nie jest pojęciem samodzielnie określającym stosunki państwo – Kościół a model rozdziału pozostaje zróżnicowany od opartego na antywyznaniowości (rozumianej jako francuska *laïcité*, choć i ta bez pewnych zastrzeżeń w odmówieniu jej chrześcijańskiej tradycji¹³²), bezstronności, czy neutral-

¹²³ M. Kowalski, *Symbol...*, s. 61.

¹²⁴ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 638 (1943), J. Jackson, *main opinion*; w orzeczeniu stwierdzono niezgodność z konstytucją powszechnego obowiązku oddawania hołdu fładze amerykańskiej, co godziło w swobodę wyznania zwłaszcza świadków Jehowy.

¹²⁵ Por. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Leyla Sahin* przeciwko Turcji, z dnia 29.06.2004 r., sygn. 44774/98.

¹²⁶ T. Zieliński, *Klauzule prawno-wyznaniowe jednolitego projektu Konstytucji RP (Uwagi de lege fundamentale ferenda)*, PiP 1997, nr 2, s. 93.

¹²⁷ J. Krukowski, *Polskie...*, *passim*.

¹²⁸ Odmienne R. Małajny o charakterze quasi-wyznaniowym.

¹²⁹ J. Krukowski, *Konstytucyjny...*, s. 101.

¹³⁰ J. Krukowski, *Polskie...*, s. 62.

¹³¹ F. Longchamps de Bérier, *Kościół Rzymskokatolicki wobec rozdziału Kościoła i państwa* [w:] *Francuska ustawa z 1905 r. o rozdziale kościołów i państwa; z perspektywy stu lat*, red. M. Pietrzak Warszawa 2007, s. 66.

¹³² Zob. np. Przemówienie prezydenta Republiki Francuskiej N. Sarkozy'ego w Pałacu w Lateranie w Rzymie z dnia 20.12.2007 r., s. 1.

ności¹³³. Uznanie bowiem laickości za synonim neutralności jest błędem wąskiego rozumienia drugiego pojęcia i przejawem „nieszczerości”, by przypisywać mu „jeden biegun w dwubiegunowej naturze sporu”¹³⁴. Tak Francja pozostaje na przykład państwem laickim, w którym umieszczenie symbolu religijnego w miejscu publicznym stanowi wykroczenie przeciwko porządkowi. Niemniej państwa inne niż laickie nie sprzeciwiają się już zwykle, by postrzegać ich państwową tożsamość przez pryzmat historii i tradycji powiązanych z religią (jak np. Zjednoczone Królestwo)¹³⁵.

Obok zasady instytucjonalnego rozdziału, relacja instytucji państwowych oraz kościelnych powinna realizować się na zasadzie współdziałania, uzasadnianej tożsamością podmiotową ich członków¹³⁶. Właściwym z punktu widzenia całości stosunków w państwie opartym na zasadach bezstronności, ale też neutralności, jest nie tyle wycofanie religii z życia publicznego i pozostawienie jej wyłącznie prywatnej sferze życia obywateli¹³⁷, co życzliwość państwa względem działalności związków wyznaniowych. Ma ona umożliwić im funkcjonowanie w nim na zasadach równości, bez uprzywilejowania, ale także upośledzenia. Kwestia aktywności państwa wobec Kościoła jest mocno akcentowana w polskiej nauce prawa, niemniej także doktryna amerykańska wypowiada się pozytywnie o zgodności tego rodzaju działań z narodową konstytucją¹³⁸.

Dla określenia całokształtu stosunków państwo – Kościół we współczesnych państwach demokratycznych, opartych na zasadach rozdziału, zwykło się używać pojęcia państwa świeckiego, zwykle dla skonstrastowania go z dawnymi państwami wyznaniowymi, których ślad pozostał np. we współczesnej Grecji, Danii, czy Zjednoczonym Królestwie. Istnieje jednak niebezpieczeństwo utożsamiania go wyłącznie z najbardziej radykalną formą rozdziału sfery publicznej i religijnej, stąd można podważać jego realne istnienie w Polsce, w której niekiedy wskazuje się raczej na istnienie elementów państwa wyznaniowego¹³⁹. Można również uznać, że szeroko pojęte państwo świeckie może być oparte zarówno na antywyznaniowości (*laïcité*), jak i neutralności, czy bezstronności¹⁴⁰. Także z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, że model [tak rozumianego] państwa świeckiego nigdy nie był w Polsce tak naprawdę przyjęty, zaś korzystanie z samego pojęcia może być nad wyraz mylące¹⁴¹. Dopóki taki model państwa będzie oznaczał państwo gwarantujące obywatelom realizację ich religijnych potrzeb¹⁴², czy państwo neutralne światopoglądowo umożliwiające realizację wolności religijnej¹⁴³, będzie ono zgodne z regulacją konstytucyjną. Zastąpienie pojęcia neutral-

¹³³ M. Kowalski, *Symbole...*, s. 54.

¹³⁴ J. Weiler, *Państwo...*, s. 40.

¹³⁵ *Ibidem*, s. 39.

¹³⁶ F. Longchamps de Brier, *Przeciw...*, *passim*.

¹³⁷ L. Garlicki, *Art. 25...*, *passim*.

¹³⁸ *County of Allegheny v. ACLU of Pittsburgh*, 492 U.S. 573, 664 (1989), Kennedy, J., *dissenting*.

¹³⁹ Tak M. Pietrzak, *Stosunki państwo – Kościół w nowej konstytucji*, PiP 1997, nr 11/12, s. 75.

¹⁴⁰ M. Kowalski, *Symbole...*, s. 54.

¹⁴¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2.12.2009 r., sygn. U 10/07.

¹⁴² L. Garlicki, *Art. 25...*, s. 19.

¹⁴³ J. Szymanek, *Bezstronność...*, s. 40.

ności pojęciem bezstronności może mieć jednak taki skutek, że państwo byłoby „mniej świeckie”, co uzasadniałoby spór między użyciem obydwu terminów¹⁴⁴. Niezależnie od niego, na pewno nie można wysunąć wniosku o absolutnym charakterze świeckości wskazującej jedynie na aspekt odrębności organizacyjnej, a już nie swobody wyrażania poglądów religijnych publicznie i w życiu publicznym¹⁴⁵.

5. Podsumowanie

Biorąc pod uwagę takie rozumienie oraz rozróżnienie znaczenia pojęć neutralności oraz bezstronności, należy uznać, że nacisk polityczny, jaki wywierano na odpowiednie ukształtowanie polskiej ustawy zasadniczej, był słuszny. Choć na podstawie uprzednio istniejącej regulacji stosunków państwo – Kościół, opartej na zasadzie neutralności, częstokroć dokonywano decyzji w ten sam sposób, jaki byłby efektem zastosowania klauzuli bezstronności, to nie można nie wziąć pod uwagę wątpliwości co do realnej treści obydwu pojęć, zwłaszcza zaś możliwości rozumienia neutralności w sposób o wiele bardziej wrogi wobec Kościoła. Mimo że słownikowo obydwie pojęcia wskazuje się jako swoje synonimy, to daje się zauważyć odcień różnicy znaczeniowej. Neutralność cechuje się biernością, niezaangażowaniem¹⁴⁶, natomiast bezstronność wiąże się raczej z aktywnością, choć obiektywną, nieuprzedzoną¹⁴⁷. Dlatego wydaje się, że wedle tradycji polskiej o wiele zasadniejsze jest uznawanie pojęcia bezstronności jako zbliżonego do neutralności otwartej (życzliwej), podczas gdy do prawa konstytucyjnego amerykańskiego najtrafniejsze byłoby ujęcie neutralności *sensu stricto*. Decyzje w sprawach dotyczących prawa do publicznego eksponowania symboli religijnych uzasadniają takie rozumienie i rozróżnienie skutków zastosowania obydwu zasad.

Ponad wszystko należy jednak być świadomym, korzystając z nauk już starożytnych prawników, że używanie pojęć i reguł jako prawotwórczych jest nierozsądne¹⁴⁸. Z ich bardzo niejasnej, jak wskazano w niniejszych rozważaniach, treści można bowiem, w granicach logicznego wynikania i językowego znaczenia, wywieść bardzo różne wnioski o faktycznym kształcie relacji państwo – Kościół. Tak otwartym pojęciom treść nadaje dopiero praktyka i orzecznictwo¹⁴⁹, nie zaś próby usilnego stosowania ich dla rozstrzygnięcia stanów faktycznych w sposób często przypadkowy, dowolny i dostosowany jedynie do oczekiwanego rezultatu, bez jakiegokolwiek analizy ich rzeczywistej treści oraz znaczenia.

Wreszcie istotnym jest, że istnienie zasad neutralności i bezstronności jest fundamentalne dla określenia kształtu stosunków państwo – Kościół, które na skutek ich

¹⁴⁴ *Ibidem*, s. 41.

¹⁴⁵ M. Pietrzak, *Państwo prawne, państwo świeckie*, Warszawa 2011, s. 184.

¹⁴⁶ W. Kopaliński, *Neutralny* [w:] *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 1972, s. 514; S. Skorupka, H. Auderska, Z. Łempicka (red.), *Neutralny* [w:] *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1968, s. 437.

¹⁴⁷ S. Skorupka, H. Auderska, Z. Łempicka (red.), *Bezstronny* [w:] *Słownik...*, s. 41.

¹⁴⁸ Por. D. 50,17,1.

¹⁴⁹ A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisławski, *Prawo...*, s. 35.

zastosowania mogą przyjmować bardzo różne modele. Na bardzo odmienne sposoby mogą też regulować obecność symbolu religijnego w przestrzeni publicznej, co stanowi ważny punkt w dyskusji nad stosunkami państwo – Kościół i prawami człowieka, w tym prawami wyznawcy. Rzeczywista odpowiedź na pytanie o zakres prawa do publicznego eksponowania symbolu religijnego może być udzielona nie tylko z punktu widzenia pojedynczej, oderwanej reguły, ale wobec całokształtu prawnej relacji władzy publicznej do religii i związków wyznaniowych. Musi się to dokonywać z uwzględnieniem zarówno stosunku instytucji względem siebie (autonomii, niezależności, współdziałania, równouprawnienia), zobowiązania władzy publicznej do umożliwienia praktycznej realizacji wolności religijnej, jak też z wzięciem pod uwagę tradycji oraz kultury państwa. W ten sposób zasada bezstronności lub neutralności będzie nie tyle deklaracją światopoglądową, którą można wygłosić zawsze i z jej pomocą (zwłaszcza z uwzględnieniem bardzo szerokiego znaczenia słowa wyizolowanego od rzeczywistego stosowania¹⁵⁰) uzasadnić każdy wniosek, co odzwierciedleniem rzeczywistej relacji państwa do Kościoła, wyinterpretowanej z realnej praktyki władzy publicznej.

* * *

The Right to a Public Presentation of the Religious Symbol in Light of the Principles of Neutrality and Impartiality in the Church and State Relations on the Examples of the United States of America and the Republic of Poland

The presence of the religious symbol (in particular the symbol of cross) in the public sphere is an important issue within the Church and State relations. The decision about the admissibility of its presentation in such a way is also a solution of the conflict of the right of a believer to publicly present one's religious beliefs and the principle of non-favouring of religion or religious group over others. In this context in public debate, but also in the adequate legislature, judicature (of the United States of America Supreme Court, European Court of Human Rights, Polish Constitutional Tribunal and Polish courts), jurisprudence, there is a significant meaning of principles describing the model of Church and State relations. The adequacy and effects of the application of two fundamental, similar but slightly varied, principles of neutrality and impartiality was examined based on sources as above in order to establish, whether and how they allow on public presentation of the religious symbol in the United States of America and the Republic of Poland.

Key words: religious symbol, cross, public presentation, Church and State, neutrality, impartiality

¹⁵⁰ Por. z konstytucją PRL, zwłaszcza art. 70 i praktyką konstytucyjną.

Michał Szymański¹

Tajemnica spowiedzi w prawie polskim – stan aktualny i propozycje zmian

Streszczenie:

Przedmiotem artykułu jest uregulowanie tajemnicy spowiedzi w kodeksach postępowania administracyjnego, karnego i cywilnego oraz wątpliwości wynikające z rozwiązań wprowadzonych przez polskiego ustawodawcę. W pierwszej części tekstu przedstawione zostaną przyczyny dla których państwo neutralne światopoglądowo respektuje istniejący w doktrynie chrześcijańskiej sakrament. Następnie ukazane zostaną niekonsekwencje polskiego systemu prawnego, który inaczej traktuje procedurę prawa cywilnego od procedury karnej oraz administracyjnej. Kapłan w procesie cywilnym może uchylić się od wyjawienia tajemnicy spowiedzi, ale nie jest do tego zobligowany przez polskie prawo. Poruszony zostanie również temat innych niż kapłan osób, które mogą poznać fakty wyznane przez penitenta, a których sumień polski system prawny w żaden sposób nie chroni. W szczególności warto zwrócić tu uwagę na niekorzystną sytuację tłumacza oraz osób niewładających językiem polskim bądź niepełnosprawnych. Ostatecznie wysnute zostaną dwa postulaty *de lege ferenda* względem polskiego ustawodawcy dotyczące zakazu dowodowego we wszystkich trzech procedurach oraz obejmujących inne osoby niż kapłan-spowiednik.

Słowa kluczowe: tajemnica spowiedzi, wolność wyznania, neutralność światopoglądowa, ekskomunika, procedura cywilna

I. Wprowadzenie

Sakrament pokuty i pojednania, określane też mianem sakramentu spowiedzi, jest według nauczania Kościoła katolickiego jednym z najważniejszych elementów życia chrześcijańskiego. Katechizm Kościoła Katolickiego (KKK) stanowi, że „Chrystus ustanowił

sakrament pokuty dla wszystkich grzeszników w Kościele, a przede wszystkim dla tych, którzy po chrzcie popełnili grzech ciężki i w ten sposób utracili łaskę chrztu oraz zadali ranę komunii kościelnej. Sakrament pokuty daje im nową możliwość nawrócenia się i odzyskania łaski usprawiedliwienia. Ojcowie Kościoła przedstawiają ten sakrament jako «drugą deskę (ratunku) po rozbiciu, jakim jest utrata łaski»². Odpuszczenie grzechów sprawia, że człowiek wierzący znów odzyskuje łaskę uświęcającą i tym samym może przystępować do Komunii Świętej, czyli przyjmować Ciało Chrystusa³ oraz mieć nadzieję na zbawienie. Każdy katolik zobligowany jest do wyznania swych przewinień przynajmniej raz w ciągu roku⁴.

Niezwykła intymność, jaka wiąże się z wyznawaniem swych przewinień, często z prywatnych aspektów ludzkiego życia, sprawia, że każdy spowiednik zobowiązany jest do zachowania w tajemnicy wszystkiego, o czym dowiedział się podczas pełnienia posługi. W samym Katechizmie Kościoła Katolickiego mowa jest przede wszystkim o wyznawaniu przewinień związanych z Dekalogiem⁵, który to obejmuje między innymi pożycie pozamałżeńskie, krzywoprzysięstwo czy pożądanie żony bądź majątku innej osoby. Dlatego właśnie

biorąc pod uwagę delikatny charakter i wielkość tej posługi oraz szacunek należny osobom, Kościół oświadcza, że każdy kapłan, który spowiada, zobowiązany jest pod bardzo surowymi karami do zachowania absolutnej tajemnicy odnośnie do grzechów wyznanych przez penitentów. Nie może on również wykorzystywać wiadomości o życiu penitentów, jakie uzyskał w czasie spowiedzi. Tajemnica ta, która nie dopuszcza żadnych wyjątków, nazywa się „pieczęcią sakramentalną”, ponieważ to, co penitent wyznał kapłanowi, zostaje „zapieczętowane” przez sakrament⁶.

Kary za złamanie tajemnicy spowiedzi opisane zostały w Kodeksie Prawa Kanonicznego. Kanon 1388 § 1 stanowi, że „spowiednik, który narusza bezpośrednio tajemnicę sakramentalną, podlega ekskomunice wiążącej mocą samego prawa, zastrzeżonej Stolicy Apostolskiej. Gdy zaś narusza ją tylko pośrednio, powinien być ukarany stosownie do ciężkości przestępstwa”⁷. Dodatkowo, w § 2 przewidziane zostały sankcje dla innych osób niż kapłan które zdradziłyby informacje pochodzące ze spowiedzi. Kodeks stanowi, że „tłumacz i inni, o których w kan. 983, § 2, którzy naruszają tajemnicę, powinni być ukarani sprawiedliwą karą, nie wyłączając ekskomuniki”⁸. Przywołany przepis mówi o tłumaczu oraz wszystkich innych którzy uzyskali informację o grzechach⁹.

Zdecydowanie najsurowiej karani są za złamanie tajemnicy spowiedzi kapłani. Po pierwsze, kara ekskomuniki (czyli wykluczenia z grona Kościoła) ma tu charakter

² KKK 1146.

³ KKK 1457.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ KKK 1467.

⁷ CIC 1388 § 1.

⁸ CIC 1388 § 2.

⁹ CIC 983 § 2.

latae sententiae, spowiednik przestaje być członkiem wspólnoty religijnej wraz z momentem zdradzenia tajemnicy. Co ważniejsze, ekskomunika ta jest „zastrzeżona Stolicy Apostolskiej” co oznacza, że do powrotu przestępcy na łono Kościoła wymagana jest zgoda Najwyższego Trybunału Penitencjarii Apostolskiej, jednego z trzech (obok Najwyższego Trybunału Sygnatury Apostolskiej oraz Trybunału Roty Rzymskiej) trybunałów Kurii Rzymskiej.

Łagodniej traktowani są tłumacze oraz inne osoby, które poznały informacje pochodzące ze spowiedzi (najprostszym do wyobrażenia sobie przykładem jest podsłuchanie, nawet przypadkowe, rozmowy toczonej w konfesjonale pomiędzy penitentem a spowiednikiem), w ich przypadku nawet w przypadku wymierzenia kary ekskomuniki nie będzie ona zarezerwowana Stolicy Apostolskiej.

Z poniższych faktów wywnioskować należy, że sakrament pokuty i pojednania oraz związana z nim instytucja tajemnicy spowiedzi jest niezmiennie istotna z punktu widzenia osób wierzących. Warto przy tym dodać, że obecne regulacje zawarte w Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1983 r. są i tak bardzo liberalne w porównaniu do postanowień soboru laterańskiego IV który w 1215 r. ogłosił, że „tego, kto odważyłby się wyjawić grzech wyznany sobie na sądzie pokuty, należy nie tylko złożyć z urzędu kapłańskiego, ale także zamknąć w surowym klasztorze dla czynienia pokuty aż do śmierci”¹⁰.

Państwo polskie, będące w modelu tzw. przyjaznego rozdziału od Kościoła, nie unika przy tym pewnych uregulowań dotyczących tajemnicy spowiedzi. Ze względu na fakt, że Polska pozostaje państwem neutralnym światopoglądowo, zaś zgodnie z Konstytucją oraz ustawą o z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania wszystkie kościoły i związki wyznaniowe są sobie równe, regulacje te nie odnoszą się wyłącznie do sakramentów sprawowanych w Kościele rzymskokatolickim, lecz także do innych zarejestrowanych grup religijnych stosujących analogiczne formy oczyszczenia wiernego z grzechów¹¹. Sąd Najwyższy stwierdził, że „przepis (...) zakazujący przesłuchiwań jako świadka duchownego, co do faktów ujawnionych mu na spowiedzi, nie zawiera żadnego wskazania, do jakich wyznań religijnych się odnosi”¹². Część głosów w doktrynie podkreśla przy tym, że owe związki wyznaniowe muszą działać legalnie¹³. Według przytaczanego orzeczenia spowiedź należy traktować jako czynność polegającą na wyznaniu grzechów kapłanowi celem ich odpuszczenia, dlatego nie jest możliwe rozszerzenie tejże regulacji na zwierzenia, którymi dzieli się wyznawca religii mojżeszowej z rabinem. Nie odgrywa większego znaczenia fakt czy penitent rozgrzeszenie uzyskał, natomiast musi mieć on charakter indywidualny¹⁴. Warto też odnotować, że przepisy odczytywać należy w sposób odnoszący się do każdego kapłana, nawet jeśli – na gruncie Kodeksu prawa kanonicznego – nie miał on uprawnień do spowiadania, nie można bowiem powiedzieć – za komentarzem Grzegorzcyka – że tej

¹⁰ Konstytucje Soboru Laterańskiego IV, 21, 5.

¹¹ J. Skorupka, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 413.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 1937 r., I K 454/37.

¹³ D. Świecki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2015, s. 619; M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 436-437.

¹⁴ T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz Lex*, Warszawa 2014, t. 1, s. 613.

spowiedzi w ogóle nie było. Gwarancje te nie odnoszą się za to do osób nie posiadających jakichkolwiek święceń, podszywających się pod osobę duchowną, gdyż ich adresatami są tylko i wyłącznie kapłani¹⁵, dotyczą natomiast osób zsekularyzowanych, np. księży którzy zrezygnowali z kapłaństwa, lecz w jego trakcie spowiadali wiernych¹⁶, co zresztą odpowiada normom prawa kanonicznego¹⁷. Wywnioskować można, że polskie prawo traktuje pojęcie „spowiedzi” stosunkowo szeroko, tzn. nie tylko jako sakrament katolicki oraz obojętnie podchodzi do „nadprzyrodzonych” skutków spowiedzi (odpuszczenia grzechów lub braku tej czynności przez duchownego), czy sytuacji prawnej danego kapłana wewnątrz jego związku wyznaniowego. Stwierdzić należy, że – z punktu widzenia wolności obywatelskich – jest to zasadna interpretacja.

Z niniejszego opisu wynika, że spowiedź polega na indywidualnym wyznaniu (rzecz jasna – w tajemnicy) grzechów kapłanowi, który w danej wspólnocie religijnej ma możliwość dokonania pojednania pomiędzy penitentem a Bogiem, choć do pojednania wcale dojść nie musi. Doktryna prawa kanonicznego wskazuje na to, że kapłana nie obowiązuje tajemnica spowiedzi wówczas, gdy dochodzi do spowiedzi symulowanej, np. w celu ośmieszenia duchownego¹⁸. Prawo świeckie nie jest uprawnione do tego by oceniać stan psychiczny osoby która korzysta z sakramentów, w szczególności zauważyć należy, że mogłoby to być niebezpieczne dla wolności sumienia i wyznania poprzez arbitralne rozstrzygnięcia państwa w sposób dla niego korzystny.

Nie ulega wątpliwości, że informacje wygłaszane podczas spowiedzi mogłyby być doskonałym materiałem dowodowym dla odpowiednich służb celem wykazania winy oskarżonego przed sądem. Nie ma jednak żadnych wątpliwości, że w demokratycznym państwie prawa założenie w świątyni podsłuchu, celem rejestracji treści spowiedzi, celem wykorzystywania nagrań jako źródeł dowodowych w procesie karnym, byłoby bezprawne i uderzałoby w konstytucyjne prawo wolności wyznania¹⁹. W polskich realiach praktyka ta kojarzyć musi się z totalitarnym obliczem komunizmu, chociażby z inwigilacją Kościoła katolickiego przez aparat Służby Bezpieczeństwa w PRL.

Niniejszy tekst odnosi się w pierwszej mierze do problematyki skupionej wokół wyznawców łacińskiego katolicyzmu z racji na restrykcje, jakie przewiduje Kodeks Prawa Kanonicznego (a które, z racji na ratyfikowany przez Polskę konkordat, pomimo wzajemnej autonomii państwa i Kościoła, należy brać pod uwagę) i liczbę wyznawców tej właśnie religii (katolicy w Polsce stanowią ok. 90% społeczeństwa), należy jednak pamiętać, że nie jest to przepis stosowany tylko i wyłącznie w przypadku sakramentu katolickiego.

W artykule przedstawiam przyczyny, dla których państwo powinno regulować ów zakaz dowodowy, następnie regulacje zawarte w kodeksach (a także Ordynacji podatkowej) dotyczące tajemnicy spowiedzi i pewne wątpliwości, jakich dostarcza procedura cywilna, wreszcie należy – moim zdaniem – rozważyć, czy rozsądnym jest ograniczanie wspomnianego zakazu dowodowego wyłącznie do przesłuchań duchownych.

¹⁵ *Ibidem*, s. 614.

¹⁶ H. Dzwonkowski, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 925.

¹⁷ B. Pieron, *Ochrona tajemnicy spowiedzi w prawie polskim*, Kieleckie Studia Teologiczne 11/2012, s. 325.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ T. Grzegorzczuk, *op.cit.*, s. 615.

II. Przyczyny wprowadzenia regulacji dotyczących tajemnicy spowiedzi

Rzeczpospolita Polska nie jest państwem wyznaniowym, nie jest też jednak państwem o charakterze antyreligijnym. Art. 25 ust. 2 Konstytucji RP deklaruje, że „władze publiczne w Rzeczypospolitej Polskiej zachowują bezstronność w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych, zapewniając swobodę ich wyrażania w życiu publicznym”²⁰. Co ważniejsze „stosunki między państwem a kościołami i innymi związkami wyznaniowymi są kształtowane na zasadach poszanowania ich autonomii oraz wzajemnej niezależności każdego w swoim zakresie, jak również współdziałania dla dobra człowieka i dobra wspólnego”²¹. Oznacza to w praktyce, że państwo polskie uznaje, że w pewnych sytuacjach należy wprowadzić regulacje, które zapewnią wyznawcom różnych religii możliwość pozostawania w zgodzie ze swym sumieniem. Przykładem takiej praktyki może być możliwość załączenia do wniosku o wydanie dowodu osobistego zdjęcia z nakryciem twarzy dla osób przynależących do związku wyznaniowego, który wymaga noszenia takiego ubioru²² albo regulacja z kodeksu karnego wykonawczego uwzględniająca wymogi religijne w diecie skazanego²³. Poszanowanie uczuć religijnych i zasad obowiązujących we wspólnotach wyznaniowych wydaje się być jedną z elementarnych zasad wpływających z idei praw człowieka, w szczególności gdy weźmiemy pod uwagę, że dotyczą one tak istotnych spraw dla ludzi, jak Bóg, siły wyższe czy potencjalnie istniejące, według osób wyznających daną doktrynę, życie wieczne. Zauważa się, że postulat ograniczenia tajemnicy spowiedzi, np. w przypadku przestępstw o charakterze terrorystycznym, jest nie do pogodzenia z polską Konstytucją, a także konkordatem i ustawą stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej²⁴.

Również zawarty pomiędzy Rzeczpospolitą Polską a Stolicą Apostolską konkordat zobowiązuje obydwa podmioty do poszanowania wzajemnej niezależności i autonomii²⁵. Zdecydowanie najistotniejszy jednak jest art. 2 Ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej który stanowi, że „Kościół rządzi się w swych sprawach własnym prawem, swobodnie wykonuje władzę duchowną i jurysdykcyjną oraz zarządza swoimi sprawami”²⁶. Przepis ten powoduje, że prawo kanoniczne staje się autonomicznym porządkiem prawnym w państwie polskim. Pomimo, że prawo Kościoła katolickiego ma charakter autonomiczny względem prawa świeckiego, to nie ulega wątpliwości, że oba porządki prawne oddziałują na siebie. Kanon 22 Kodeksu prawa kanonicznego mówi o konieczności

²⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78, poz. 483).

²¹ *Ibidem*.

²² Ustawa z dnia 6 sierpnia 2010 r. o dowodach osobistych (Dz.U. nr 2016 poz. 391 j.t.).

²³ Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. 1997 nr 90 poz. 557).

²⁴ M. Pieróg, *Tajemnica spowiedzi świętej w prawie kanonicznym, polskim procesie cywilnym i karnym*, Studia Paradyskie 2015, t. 25, s. 177-178.

²⁵ Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską, podpisanego w Warszawie dnia 28 lipca 1993 r. (Dz.U. 1998 nr 51 poz. 318).

²⁶ Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 2013 nr 1169 j.t.).

zachowywania prawa *cywilnego*²⁷ o ile prawo kanoniczne inaczej nie zastrzega, bądź nie jest ono przeciwne prawu Bożemu. Jednocześnie Kościół stara się, dopóki jest to możliwe, kształtować swe relacje pomiędzy obydwojma porządkami prawnymi w sposób szanujący prawodawstwo świeckie²⁸. Pomimo szeregu wątpliwości dotyczących stosunku państwa polskiego do prawa kanonicznego (Kodeks prawa kanonicznego nie jest aktem powszechnie obowiązującym w rozumieniu art. 87 Konstytucji), przyjąć by należało, że w duchu poszanowania autonomiczności Kościoła katolickiego uznaje się za niezbędne funkcjonowanie w polskim porządku prawnym tajemnicy spowiedzi.

Pomimo opisanych przeze mnie wcześniej restrykcji względem spowiedników łamiących tajemnicę spowiedzi norm prawa kanonicznego uznać należałoby, że najważniejszą przyczyną uznania przez państwo nienaruszalności tego sakramentu jest, podkreślana w literaturze, konieczność ochrony godności osoby wyznającej swe grzechy. Ciężko byłoby pogodzić konstytucyjne gwarancje godności ludzkiej oraz swobody sumienia i wyznania z możliwością ingerencji państwa w tak delikatną sferę życia religijnego. Pamiętać należy o tym, że penitent, pragnąc doznać duchowego oczyszczenia, wyznaje swoje przewinienia które często wpływają nie tylko na jego sytuację duchową, ale mogą również w istotny sposób ukształtować jego sytuację np. w procesie karnym. W szczególności pamiętać należy o tym, że bardzo często te same czyny są zarówno negatywnie odbierane z punktu widzenia etyki wspólnoty religijnej jak i przez system aksjologiczny państwa, czego rezultatem są przepisy prawa karnego²⁹. Na gruncie prawa polskiego istnieje zresztą istotna regulacja wskazująca na to, że ustawodawca dostrzega konieczność zapewnienia intymności przy wyznawaniu grzechów a jest nią zakaz monitorowania oraz rejestrowania dźwięku zawierającego informacje pochodzące ze spowiedzi który zawarty został w Kodeksie karnym wykonawczym³⁰.

III. Ustawowe regulacje tajemnicy spowiedzi w polskim prawodawstwie – podobieństwa i różnice

Poszanowanie tajemnicy spowiedzi uwzględniono już w regulacjach przedwojennych. Kodeks postępowania karnego z dnia 19 maja 1928 r. w art. 91 stanowił, że „nie wolno przesłuchać jako świadka: a) duchownego – co do faktów, o których dowiedział się na spowiedzi”³¹. Art. 59 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 marca 1928 r. o postępowaniu administracyjnym ujmował to jeszcze szerzej deklarując, że „nie mogą być badani w charakterze świadków: (...) b) duchowni co do tego, co im powierzone na spowiedzi lub pod tajemnicą duchowną”³². Wreszcie, przedwojenny Kodeks

²⁷ Warto skądinąd zauważyć, że określenie „prawo cywilne” występujące w prawie kanonicznym odnosi się do całości prawa świeckiego, a nie do gałęzi prawa o takiej nazwie.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ B. Pieron, *op.cit.*, s. 322.

³⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. 1997 nr 90 poz. 557).

³¹ Kodeks postępowania karnego z dnia 19 maja 1928 r. (Dz.U. 1950 nr 40 poz. 364).

³² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 marca 1928 r. o postępowaniu administracyjnym (Dz.U. 1928 nr 36 poz. 341).

postępowania cywilnego stanowił w art. 284, że „Świadcami nie mogą być: (...) 2) duchowni co do faktów, powierzonych im na spowiedzi lub pod tajemnicą duchowną”³³.

Poszanowanie tajemnicy spowiedzi miało mieć nienaruszalny charakter, przynajmniej według kodeksowych regulacji, także w okresie komunistycznym. Ówczesny Kodeks postępowania karnego deklarował, że „Nie wolno przesłuchiwać jako świadków: (...) 2) duchownego co do faktów, o których dowiedział się przy spowiedzi”³⁴. Kodeks ten, w przeciwieństwie do ustaw regulujących procedurę administracyjną i cywilną, został już uchylony i w aktualnym norma opisująca tajemnicę spowiedzi znajduje się w art. 178 i brzmi „nie wolno przesłuchiwać jako świadków: (...) 2) duchownego co do faktów, o których dowiedział się przy spowiedzi”³⁵. Z kolei pochodzący z 1960 r. kodeks postępowania administracyjnego stanowi, że „Świadcami nie mogą być: (...) 3) duchowni co do faktów objętych tajemnicą spowiedzi”³⁶.

Ordynacja podatkowa w art. 195 również stanowi, że „świadkami nie mogą być: (...) 3) duchowni prawnie uznanych wyznań – co do faktów objętych tajemnicą spowiedzi”³⁷. Wzbudzić uwagę powinien fakt, że regulacja ta ma charakter najdokładniejszy, tj. nie tylko wprowadza zakaz dowodowy odnoszący się do spowiedzi, ale również ogranicza jej stosowanie do kapłanów legalnie działających. związków wyznaniowych (a zatem – nie budzi to żadnej wątpliwości – nie tylko Kościoła rzymskokatolickiego). Jak można łatwo zauważyć ustawodawca posługuje się dwoma modelami i tak pierwszy z nich zakłada, że „świadkami nie mogą być...” (gdzie następuje stosowne wyliczenie), zaś drugi stanowi, że „nie wolno przesłuchiwać jako świadków...”. Z racji na fakt, że semantyczne brzmienie pierwszego modelu zdaje się być donioślejsze, można by zastanawiać się, czy nie należałoby dokonać korekty w ramach Kodeksu postępowania karnego, aczkolwiek – w obecnej sytuacji – problem ten należy traktować bardziej w ramach debaty akademickiej niż realnego problemu.

Wszystkie dotychczas wymienione regulacje, zarówno te obowiązujące, jak i te, które już utraciły swą moc, przewidywały bezwzględnie wiążącą moc tajemnicy spowiedzi. Prawodawca posługiwał się w nich albo zwrotem zakładającym, że nie wolno przesłuchiwać takiego duchownego jako świadka co do faktów, które poznał podczas spowiedzi, albo że takowi spowiednicy nie mogą być w takiej sytuacji świadkami. Tym samym zaskoczyć może niekonsekwencja (mogąca za sobą nieść daleko idące skutki) występująca w obowiązującym aktualnie Kodeksie postępowania cywilnego, w którym umieszczono w art. 261 § 2 zdanie, że „duchowny może odmówić zeznań co do faktów powierzonych mu na spowiedzi”³⁸. Jest to jedyna regulacja w polskim porządku prawnym, która ujmuje wykorzystanie faktów ze spowiedzi w ten sposób.

³³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 listopada 1930 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1932 nr 112 poz. 934).

³⁴ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 1969 nr 13 poz. 96).

³⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555).

³⁶ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. 2016 nr 23 j.t.).

³⁷ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. 2017 nr 201 j.t.).

³⁸ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2014 nr 101 j.t.).

Sformułowanie „może odmówić” oznacza, że – w przeciwieństwie do procedury karnej i administracyjnej oraz Ordynacji podatkowej – organ państwa nie jest zobowiązany do nieuwzględnienia informacji, których udzieliliby kapłan łamiący tajemnicę spowiedzi, gdyż decyzja o ewentualnej odmowie została przesunięta na spowiednika i ma charakter wyłącznie fakultatywny. O takim traktowaniu tego przepisu świadczą również opinie przedstawiane w doktrynie. T. Ereciński w komentarzu pisze, że „duchowny wyznań uznanych w Polsce może odmówić zeznań co do faktów powierzonych mu na spowiedzi, a więc faktycznie odmówić nie tylko udzielenia odpowiedzi na zadane mu pytania, ale w ogóle odmówić zeznań co do faktów objętych tajemnicą spowiedzi”³⁹. T. Demendecki podobnie uważa, iż „duchowcy wyznań uznanych w Polsce mogą odmówić zeznań co do faktów powierzonych im podczas spowiedzi (przyjmuje się, że również po zakończeniu sprawowania tej funkcji)”⁴⁰. Żadna z tych opinii nie zakłada obligatoryjnego zrezygnowania z takiego środka dowodowego. B. Pieron pisze wyraźnie, że „Duchowny występujący w charakterze świadka, w przypadku posiadania informacji dotyczących danej sprawy, które powziął w czasie spowiedzi, może swobodnie skorzystać z przysługującego mu prawa i zdecydować o tym, czy ma odmówić złożenia zeznań, czy takie zeznanie złożyć. W przypadku decyzji o złożeniu zeznań, w przeciwieństwie do wcześniej omówionego pierwszego modelu, sąd takie zeznanie przyjmie, a złożone informacje i wyjaśnienia będą stanowić dowód w sprawie”⁴¹. Za B. Rakoczym podkreśla, że „ze względu na zasadę autonomii i niezależności kościoła od państwa, która wymaga wzajemnego poszanowania, nawet w przypadku wyrażenia zgody przez duchownego na złożenie zeznań, sąd mając na względzie poszanowanie tajemnicy spowiedzi, nie powinien takich zeznań przyjąć”⁴². Z drugiej strony M. Pieróg zauważa, że „składanie zeznań przez duchownego uznano za instytucję o charakterze fakultatywnym, pozostawiając mu tym samym ostateczną decyzję co do wystąpienia w procesie w charakterze świadka na okoliczności objęte ową tajemnicą. Decyzja ta podlega kontroli sądu orzekającego”⁴³.

Zdecydowanie dziwić może taka praktyka i wskazuje ona na wielce daleko idącą niekonsekwencję prawodawcy. Jest ona bardzo szkodliwa z punktu widzenia przejrzystości przepisów prawa procesowego, może też ona – przynajmniej teoretycznie – skutkować sytuacją, w której to kapłan zdecydowałby się na złamanie tejże tajemnicy. Wyobrazić można sobie przykładowe formy zewnętrznego nacisku na kapłana by ten wyjawiał podczas postępowania cywilnego informacje pochodzące ze spowiedzi, takie jak chociażby szantaż zastosowany przed jedną ze stron względem spowiednika.

Dość powszechnym jest założenie, że istniejące w polskim prawodawstwie regulacje mają na celu chronić duchownego przed trudnym wyborem, który polegałby na konieczności rozstrzygnięcia moralnego dylematu polegającego na złożeniu zeznań i tym

³⁹ T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2012, s. 383.

⁴⁰ A. Jakubecki, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 350.

⁴¹ B. Pieron, *op.cit.*, s. 331.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ M. Pieróg, *op.cit.*, s. 170.

samym zaciągnięciu na siebie ekskomuniki, bądź milczeniu i podleganiu sankcjom przewidzianym przez prawodawstwo świeckie. Wskazuje się też, że ustawodawca w ten sposób pragnie umożliwić pełnienie Kościołowi swobodne wypełnianie funkcji religijnych⁴⁴. O potrzebie poszanowania absolutnego poszanowania tajemnicy spowiedzi przez państwo najdobitniej wypowiedział się Tadeusz Woś stwierdzając, że „tajemnica spowiedzi jest nienaruszalna, co koresponduje z regulacją zawartą w k.p.a., który (...) nie przewiduje możliwości zwolnienia od obowiązku dochowania tajemnicy spowiedzi”⁴⁵.

Dodatkowych komplikacji dodaje fakt, że istnieje pogląd głoszący, iż spowiednik który zdradza tajemnicę spowiedzi, mógłby ponosić odpowiedzialność karną za ujawnienie informacji, z którymi się zapoznał i zobowiązany był owych tajemnic strzec⁴⁶. Art. 266 § 1 k.k. stanowi, że „kto, wbrew przepisom ustawy lub przyjętemu na siebie zobowiązaniu, ujawnia lub wykorzystuje informację, z którą zapoznał się w związku z pełnioną funkcją, wykonywaną pracą, działalnością publiczną, społeczną, gospodarczą lub naukową, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”. Warto zauważyć, że obowiązek zachowania informacji pochodzących ze spowiedzi (traktowanej w sposób szerszy niż tylko w ramach wyznania rzymsko-katolickiego) wynika nie tylko z ustaw regulujących sytuację kościołów i związków wyznaniowych w Polsce, ale przede wszystkim jest konsekwencją przyjętego zobowiązania, które zaciąga na siebie ksiądz (lub inna osoba duchowna) pełniąc posługę spowiednika. Nie ulega zaś większej wątpliwości, że kapłana można traktować w tym kontekście bądź jako osobę wykonującą daną pracę, bądź (czy wręcz – przede wszystkim) jako osobę pełniącą konkretną funkcję społeczną. Rozsądnym wydaje się być pytanie, czy kapłan ujawniając zdobyte na spowiedzi informacje nie popełnia w tym momencie przestępstwa, co implikowałoby możliwością wznowienia postępowania na podstawie art. 303 § 1 pkt. 2 k.p.c. Problem ten z pewnością zasługuje na oddzielną analizę.

Stwierdzić należy, że ochrona tajemnicy spowiedzi na tym polu w polskim systemie prawnym, z racji na uwarunkowania procedury cywilnej, ma charakter niekompletny, a przede wszystkim niekonsekwentny, gdyż ciężko konsekwentnym nazwać wyłom wewnątrz systemu proceduralnego, który uderza w jednolitość prawa odnoszącego się do jednego z podstawowych praw człowieka, jakim jest prawo do swobody sumienia i wyznania. Ciężko jest wskazać racjonalne argumenty przemawiające za tym, by przed sądem, gdy stosowany jest Kodeks postępowania cywilnego, kapłan mógł jedynie odmówić zeznań. W szczególności nie ma wątpliwości, że duchowny podczas sprawowania posługi może poznać fakty z życia penitentów, które dla prawa cywilnego mogą mieć niezmiernie istotne znaczenie, a które to fakty mogłyby nieść o wiele dalej idące skutki dla wiernego niż, przykładowo, poniesienie odpowiedzialności karnej. Dla wielu osób, przykładowo, utrata praw rodzicielskich czy bycie uznanym za spadkobiercę niegodnego (art. 928 § 1 k.c.) odziedziczenia fortuny może być o wiele większym ciosem niż wyrok karny. Trudno więc byłoby argumentować to faktem, że prawo karne dotyka wolności

⁴⁴ W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2000, s. 241.

⁴⁵ T. Woś, *Postępowanie administracyjne*, Warszawa 2015, s. 261.

⁴⁶ K. Pachnik, *Odpowiedzialność karna duchownego przed sądem powszechnym*, Prokurator. Kwartalnik Stowarzyszenia Prokuratorów Rzeczypospolitej Polskiej 3-4/2011, s. 52-59.

osobistej człowieka i dlatego ochrona penitenta miałaby być silniejsza niż w przypadku prawa cywilnego. Taka teza z całą stanowczością byłaby nieuprawniona. Jest to, najprawdopodobniej, legislatorska pomyłka, lecz mogąca nieść za sobą poważne skutki.

IV. Problem chronionego prawnie podmiotu

Kolejnym wartym zauważenia problemem jest fakt, że w świetle regulacji kodeksowych, jedyną osobą uprawnioną do zachowania informacji zdobytych w drodze spowiedzi jest osoba duchowna posługująca podczas owego sakramentu. Tymczasem wiedzę w ten sposób mogą zdobyć inne osoby – Kodeks Prawa Kanonicznego wspomina tu „tłumaczyć” i „innych”.

Tłumacz w rozumieniu CIC nie jest tym samym co tłumacz przysięgły w prawie polskim, jest to każda osoba, która pośredniczy pomiędzy penitentem a duchownym celem możliwości porozumienia się pomimo barier w komunikacji (językowej czy z racji na niepełnosprawność). Możliwym jest (i tak się często zdarza), że tłumaczem nie jest tłumacz przysięgły, tym samym nie mogłyby mieć dla takiej osoby zastosowania regulacje dotyczące tłumacza przysięgłego obligujące go do zachowania tajemnicy. Z kolei tłumacz przysięgły, który pośredniczyłby pomiędzy spowiednikiem a spowiadającym się, jest zobligowany do zachowania tajemnicy na mocy art. 14 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 25 listopada 2004 r. o zawodzie tłumacza przysięgłego⁴⁷, niemniej jednak panuje w doktrynie pogląd, że może on zostać przez sąd lub prokuratora z takiej tajemnicy zwolniony⁴⁸. Nie ulega żadnej wątpliwości, że osoba spowiadająca się przy pomocy językowej osoby trzeciej stawiana jest w gorszej sytuacji procesowej.

W związku z powyższym rodzi się szereg wątpliwości. Po pierwsze, sytuacja taka ma charakter dyskryminujący względem osoby wierzącej, która nie może porozumieć się z kapłanem. Przykładowo można tu wskazać osobę religijną nieposługującą się językiem polskim (przykładowo będącą obcokrajowcem), która nie jest w stanie bez pośrednictwa tłumacza (rozumianego zarówno w sposób szeroki, jak i wyłącznie jako tłumacza przysięgłego) skorzystać z jednej z najważniejszych, według nauczania Kościoła katolickiego, praktyk religijnych. Analogicznie sytuacja taka godzi w osoby niepełnosprawne, które nie mogą wyznać swych grzechów kapłanowi inaczej niż przy pomocy osoby trzeciej (przykładowo – osoba niema komunikująca się z duchownym dzięki pomocy tłumacza języka migowego). Można by też dopatrywać się dyskryminacji na tle materialnym – osoba niezamożna, której nie stać na pośrednictwo tłumacza przysięgłego i korzystająca z pomocy językowej osoby innej niż tłumacz przysięgły, nie może liczyć nawet na to, że w przypadku ewentualnego postępowania (np. karnego) jej tajemnice będą przynajmniej chronione tak, jak w przypadku skorzystania z translatorskich usług tłumacza przysięgłego. Powyższe przykłady wskazują na to, że wolność sumienia i wyznania narażona jest na różnorakie ograniczenia, uderzając w osoby z innych kręgów kulturowych, niepełnosprawne czy ubogie.

⁴⁷ Ustawa z dnia 25 listopada 2004 r. o zawodzie tłumacza przysięgłego (Dz.U. 2016 nr 1222 j.t.).

⁴⁸ M. Mazuryk, M. Kaczocha, *Ustawa o zawodzie tłumacza przysięgłego. Komentarz*, LEX 2011.

Kolejnym faktem godnym zauważenia jest fakt, że o faktach ze spowiedzi mogą dowiedzieć się osoby trzecie. Prosty do wyobrażenia jest przykład, kiedy penitent wyznaje swe winy zbyt donośnym głosem, wynikiem czego o jego grzechach dowiaduje się osoba trzecia, bądź kiedy osoba stojąca w kolejce najzwyczajniej w świecie podsłuchuje toczoną w konfesjonale rozmowę. W komentarzu Grzegorzcyka czytamy, że „jeżeli zatem treść spowiedzi dociera do innych osób, to nie jest to już kwestia ochrony prawnej wolności konstytucyjnej (...) gdyby zaś z uwagi na akustykę miejsca spowiedzi przekazywane podczas niej treści docierały do innych osób, to jest to wprawdzie nadal informacja płynąca wprost z tajnej spowiedzi, ale nie obejmuje jej zakaz przesłuchania tych osób, gdyż nie dotyczy ich art. 178 pkt 2 k.p.k.”⁴⁹. Zakaz przesłuchiwanie duchownego co do faktów o których dowiedział się podczas spowiedzi ma charakter bezwarunkowy, natomiast nie ma żadnej podstawy kodeksowej która uzasadniałaby niewykorzystanie jako świadka osoby która spowiedź podsłuchiwała. Warto zauważyć, że choć to penitent powinien być zainteresowany odpowiednią dyskrecją spowiedzi, to sprawowanie tego sakramentu może odbywać się w warunkach uniemożliwiających zachowanie należytej dyskrekcji, w szczególności gdy odbywa się ona w stanie zagrożenia życia. Wartym odnotowania jest również fakt, że art. 178 pkt 2 k.p.k. odnosi się do tych kapłanów, którzy występują w roli świadka, natomiast nie miałyby zastosowania w sytuacji w której spowiednik sam stałby się osobą podejrzaną czy oskarżonym. Jakkolwiek, na gruncie przepisów prawa kanonicznego, jest on zobowiązany do zachowania tajemnicy i – teoretycznie – może on skorzystać z prawa do odmowy składania wyjaśnień, to w świetle polskiej procedury karnej mógłby on, z pozycji oskarżonego, wyjawiać informacje które uzyskał na spowiedzi. Sytuacja ta jest podobna do opisanego wcześniej problemu związanego z Kodeksem postępowania cywilnego – kapłan nie jest zobligowany na gruncie polskiego prawa procesowego do zachowania tajemnicy której powinien on, z racji na dobro wolności religijnej osób trzecich, dochować.

W tym pierwszym przypadku, podobnie jak przy tłumaczu, warto zauważyć, że konieczność wyjawienia grzechów przed sądem łączyć się będzie z odpowiedzialnością karną przewidzianą w Kodeksie Prawa Kanonicznego. Drugi z przykładów, dotyczący podsłuchiwanie treści sakramentu przez osoby stojące w kolejce, jest z kolei idealną ilustracją faktu, która dotyczy rzecz jasna również wielu innych sytuacji, że korzystanie z wolności religijnej przez osoby spowiadające się może prowadzić do negatywnych dla nich skutków. Wydaje się, że ustawodawca, mając w pamięci swobodę praktyk religijnych powinien mieć na względzie to, że wierny spowiadając się za pośrednictwem tłumacza, u księdza w podeszłym wieku i z wadą słuchu bądź po prostu przy dużych kolejkach do konfesjonału, nie powinien obawiać się, że wyjawiona przez niego tajemnica zostanie później rozpowszechniona na sali sądowej. Wbrew powszechnemu wyobrażeniu sakrament ten nie zawsze odbywa się w warunkach dyskrekcji i w konfesjonale, chęć uzyskania rozgrzeszenia często może dotknąć osobę wierzącą w warunkach ekstremalnych.

Wreszcie, nie sposób nie przywołać faktu, że raz na jakiś czas opinia publiczna informowana jest o „fałszywym księdzu” który „spowiadał” wiernych. Jak wspomniałem

⁴⁹ T. Grzegorzcyk, *op.cit.*, s. 615.

we wcześniejszej części tekstu taka osoba, niebędąca kapłanem, nie jest adresatem norm, które nakładają na nią tajemnicę spowiedzi. Ciężko nie zauważyć, że *ratio legis* niniejszych przepisów, mające na celu ochronę osób wierzących, nakazywałoby raczej uwzględnienie sytuacji wiernych którzy padli ofiarą takowej manipulacji i nie tylko mogą przeżywać różnego rodzaju rozterki duchowe, ale również narażone byłyby na osłabienie ich sytuacji procesowej tylko z racji na fakt, że padły ofiarą perfidii, podstępny osoby udającej kapłana. Nie ulega większej wątpliwości, że nie jest obowiązkiem osoby wierzącej upewnienie się za każdym razem czy osoba, którą spotyka w konfesjonale, posiada ważne święcenia kapłańskie.

V. Postulaty *de lege ferenda*

Aktualny stan prawny uznać należy za niechroniący w pełni osoby wierzące przed ingerencją państwa w ich prywatność. Jest to sytuacja, w moim odczuciu, niedopuszczalna i należy ją skorygować celem lepszej ochrony praw obywatelskich. Poniżej pragnę zaprezentować kilka propozycji które mogłyby doprowadzić do znaczącej poprawy poziomu polskiego prawa procesowego i przestrzegania praw człowieka w Polsce.

Po pierwsze, należy dokonać zmian w Kodeksie postępowania cywilnego celem zobligowania sądów do nieprzesłuchiwania kapłanów z informacji, które uzyskali oni w drodze pełnienia obowiązków spowiednika. Nie istnieją żadne argumenty przeciw temu, by w Kodeksie postępowania cywilnego nie powielono treści znajdującej się aktualnie w Kodeksie postępowania karnego. Biorąc pod uwagę aktualną systematykę Kodeksu cywilnego, najrozsądniejszym wydawałoby się utworzenie nowej jednostki wewnątrz ustawy, zanumerowanej art. 261a.

Po drugie, mając na względzie dobro osób wierzących, należałoby rozszerzyć ochronę informacji wyjawionych podczas spowiedzi poprzez analogiczny zakaz dowodowy (którego adresatem byłby sąd bądź – w przypadku Kodeksu postępowania administracyjnego – organ administracji publicznej) oraz możliwość uchylenia się od składania zeznań w takim zakresie przez osoby trzecie, które w inny sposób pozyskały wiedzę na temat treści grzechów wyjawionych przez penitenta. Niewątpliwą zaletą takiego rozwiązania byłby również fakt, że w takiej sytuacji nie byłoby już potrzeby dokonywania zmian w Ustawie o zawodzie tłumacza przysięgłego.

Rozsądnym wydawałoby się wyłączenie stosowania przepisów w sytuacji, w której osoba spowiadająca się mogła z łatwością zapobiec niekorzystnemu dla niej skutkowi. Przykładowo takie przepisy można by stosować w sytuacji, gdy wyznawanie grzechów miało charakter w sposób jednoznacznie zbyt głośny, albo gdy penitent mógł domyślić się, że ma do czynienia z osobą podszywającą się pod kapłana (np. osoby z obszarów wiejskich należące do małych parafii, doskonale znające swoich pasterzy).

Kolejnym postulatem, który wysnuwam, jest rozszerzenie ochrony tajemnicy spowiedzi na kapłanów, którzy stali się osobami podejrzanymi lub oskarżonymi. Stosowny zakaz można by umieścić w ramach art. 175 kodeksu postępowania karnego.

Te zmiany sprawiłyby, że osoby wierzące mogłyby korzystać z sakramentu pokuty i pojednania w sposób, który zapewniałby im należytą ochronę ze strony państwa

a także pozostawałyby w zgodzie z aksjologią polskiego ustroju i z duchem idei praw człowieka. Niniejsza korekta nie miałaby charakteru ideologicznego i nie powinna być traktowana w żaden sposób jako próba „klerykalizacji” polskiego prawa, przeciwnie, w pewien sposób ograniczyłaby wręcz ona prawa osób duchownych w ramach polskiego systemu prawnego, zapewniając jednocześnie swobodę religijną każdej osobie.

* * *

The Confessional Privilege in Polish Law - Current Status and Ideas to Reform

The article is to regulate the seal of confession codes of conduct in the administrative, criminal and civil law and concerns arising from the changes introduced by the Polish legislator. In the first part of the text will be presented reasons for which ideologically neutral state respects the existing doctrine of the Christian sacrament. Then shown are inconsistencies Polish legal system that treats different procedure civil law of criminal procedure, and administrative. Priest in civil proceedings may decline to reveal the seal of confession but is not obligated to do so under Polish law. It will be moved a problem about other than the priest people can learn the facts confessed by the penitent, and whose conscience Polish legal system in no way protects. In particular, it is worth paying attention here to the unfavorable situation of the translator and people who do don't speak Polish or disabled. Finally, it will be drawn from two postulates de lege ferenda terms to Polish legislator regarding the prohibition of evidence in all three procedures and involving persons other than the priest-confessor.

Key-words: seal of confession, freedom of religion, the ideologically neutrality, excommunication, civil procedure

Paweł Bury¹

Stosowanie sankcji wzruszalności wobec decyzji administracyjnych wydanych na podstawie aktów prawa miejscowego, których nieważność stwierdził sąd administracyjny

Streszczenie:

Artykuł przedstawia zagadnienia związane ze stosowaniem sankcji wzruszalności wobec decyzji administracyjnych wydanych na podstawie aktów prawa miejscowego wyeliminowanych z obrotu prawnego wskutek orzeczenia sądu administracyjnego. Artykuł 147 § 2 Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi stanowi bowiem o możliwości wzruszenia „rozstrzygnięć w sprawach indywidualnych” w konsekwencji stwierdzenia przez sąd administracyjny nieważności aktu prawa miejscowego, na podstawie którego je wydano. Niemniej jednak przepisy regulujące postępowanie administracyjne nie zawierają obecnie odpowiednich podstaw do zastosowania w takim przypadku instytucji wznowienia postępowania. Ustawodawca przewidział taką możliwość jedynie, gdy Trybunał Konstytucyjny orzeknie o niezgodności aktu normatywnego z Konstytucją, umową międzynarodową lub z ustawą, na podstawie którego decyzja została wydana. W związku z powyższym, w doktrynie oraz w orzecznictwie sądów administracyjnych panują rozbieżne poglądy co do wykładni przywołanego powyżej przepisu i możliwości stosowania sankcji uregulowanych w przepisach normujących postępowanie administracyjne.

Niniejszy artykuł koncentruje się zarówno na najważniejszych problemach związanych z przedmiotowym zagadnieniem, jak i na propozycjach zmian w obowiązującym stanie prawnym.

Słowa kluczowe: sankcja wzruszalności, decyzje administracyjne, akty prawa miejscowego

¹ Autor jest studentem prawa na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

1. Wstęp

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej² w Rozdziale III zatytułowanym „Źródła prawa” przewiduje w art. 87 ust. 2, że „źródłami powszechnie obowiązującego prawa (...) są na obszarze działania organów, które je ustanowiły, akty prawa miejscowego”. Akty prawa miejscowego są więc aktami normatywnymi zawierającymi normy o charakterze generalno-abstrakcyjnym, lecz zasięg ich obowiązywania ogranicza się do obszaru działania organów, które je wydały. Akty prawa miejscowego, podobnie jak rozporządzenia, mają rangę podustawową, nie muszą jednak mieć charakteru ściśle wykonawczego wobec ustaw, ze względu na brak konstytucyjnego wymogu szczegółowego upoważnienia ustawowego³. Prawo miejscowe stanowione jest przez organy jednostek samorządu terytorialnego (również przez organy związków tychże jednostek) oraz przez terenowe organy administracji rządowej – wojewodę i niektóre organy administracji niezespolonej. Przy czym należy podkreślić, że nie każdy akt wydany przez wskazane powyżej podmioty, mimo posiadania nazwy „uchwała” czy „zarządzenie”, będzie aktem prawa miejscowego. Kryterium decydującym o zaklasyfikowaniu do tej kategorii aktów normatywnych jest charakter zawartych w akcie norm, nie zaś jego forma zewnętrzna.

Akty prawa miejscowego, jako źródła powszechnie obowiązującego prawa, mogą określać prawa i obowiązki wskazanych w nich podmiotów oraz stanowić podstawę orzeczeń sądowych i aktów administracyjnych. Przykładem decyzji administracyjnych wydawanych na podstawie stosownych aktów prawa miejscowego są decyzje o ustaleniu opłaty adiacenckiej, decyzje podejmowane w sprawach z zakresu zagospodarowania przestrzennego czy decyzje ustalające wysokość zobowiązania podatkowego. Prawodawstwo lokalne stanowi więc bez wątpienia ważny element prawa powszechnie obowiązującego, obejmującego swą regulacją liczne kwestie. Wobec powyższego, istotne wydaje się zagadnienie wzruszalności decyzji administracyjnych wydanych w oparciu o nielegalne⁴ akty prawa miejscowego. Przed przystąpieniem do rozważań na wskazany temat należy również przybliżyć sam kształt sprawowanej przez Trybunał Konstytucyjny i sądy administracyjne kontroli aktów prawa miejscowego. Kompetencja do badania hierarchicznej zgodności aktów normatywnych stanowionych przez organy jednostek samorządu terytorialnego i terenowe organy administracji rządowej została bowiem rozdzielona między Trybunał Konstytucyjny oraz sądy administracyjne, co w praktyce sprowadza się do istnienia alternatywnych mechanizmów kontroli norm prawa miejscowego. W zależności zaś od tego, na mocy orzeczenia którego z organów władzy sądowniczej (Trybunału Konstytucyjnego czy sądu administracyjnego) akt prawa miejscowego został wyeliminowany z obrotu prawnego, wystąpi bądź nie wystąpi prawna możliwość zastosowania wobec decyzji administracyjnych wydanych na podstawie

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 z późn. zm.); dalej jako Konstytucja RP.

³ D. Dąbek, *Prawo miejscowe*, Warszawa 2015, s. 41.

⁴ W niniejszej pracy pojęcie „legalność” używane jest w znaczeniu szerokim jako zgodność z prawem, a nie tylko zgodność z ustawami.

takiego niezgodnego z prawem aktu normatywnego sankcji wzruszalności w postępowaniu administracyjnym w sprawie wznowienia postępowania.

2. Obowiązujący system sądowej kontroli aktów prawa miejscowego

2.1. Kontrola sprawowana przez Trybunał Konstytucyjny

W polskim porządku prawnym organem władzy sądowej, którego zasadniczą kompetencją jest kontrola hierarchicznej zgodności prawa, w tym zwłaszcza zgodności z Konstytucją RP, jest Trybunał Konstytucyjny. Trybunał sprawuje następczą kontrolę norm w trzech procedurach: kontroli abstrakcyjnej, kontroli konkretnej (pytania prawne) oraz na drodze skargi konstytucyjnej, odrębnej od powyższych⁵. Trybunał Konstytucyjny może dokonywać także prewencyjnej kontroli konstytucyjności norm z inicjatywy Prezydenta RP, który przed podpisaniem ustawy bądź przed ratyfikowaniem umowy międzynarodowej może skierować taki akt do Trybunału Konstytucyjnego. Ze względu na charakter kontroli prewencyjnej, nie ma ona zastosowania do procesu stanowienia prawa powszechnie obowiązującego w formie aktów prawa miejscowego i dlatego nie wymaga szerszego omówienia.

Kontrola abstrakcyjna, jak sama nazwa wskazuje, sprawowana jest *in abstracto* – w oderwaniu od konkretnego przypadku stosowania prawa. Podmioty uprawnione do złożenia wniosku inicjującego ten typ kontroli zostały enumeratywnie wymienione w art. 191 ust. 1 pkt. 1-5 Konstytucji RP. Akty prawa miejscowego nie mogą być przedmiotem kontroli abstrakcyjnej, gdyż nie mieszczą się w zakresie właściwości Trybunału Konstytucyjnego określonym w art. 188 pkt. 1-3 Konstytucji RP. Ocena ich konstytucyjności możliwa jest jedynie w drodze pytań prawnych (art. 193 Konstytucji RP) i skargi konstytucyjnej (art. 79 Konstytucji RP), jednakże możliwość ich kontroli w tych procedurach jest kontestowana, o czym będzie dalej jeszcze mowa.

Zgodnie z art. 193 Konstytucji RP: „sąd może przedstawić Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne co do zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawą, jeżeli od odpowiedzi na pytanie prawne zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem”. Przyjmuje się – chociaż nie jest to pogląd powszechnie panujący w doktrynie – że kierowane do Trybunału Konstytucyjnego pytania prawne mają odrębny przedmiot określony w art. 193 Konstytucji RP, a przepis ten stanowi samodzielną podstawę kompetencji do kontroli hierarchicznej zgodności prawa⁶. W myśl przywołanego powyżej przepisu, przedstawione przez sąd Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne dotyczyć może nie tylko konstytucyjności danego aktu normatywnego, ale również jego zgodności z ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawami. Co jest warte podkreślenia, pytanie prawne może zadać każdy skład orzekający, w tym także sąd rozpoznający

⁵ Zob. szerzej L. Garlicki, *uwagi do art. 188 [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. V, Warszawa 2007, s. 2.

⁶ Zob. szerzej J. Trzeciński, M. Wiącek, *uwagi do art. 193 [w:] Konstytucja...*, Warszawa 2007, s. 8-9. Zob. także R. Hauser, A. Kabat, *Pytania prawne jako procedura kontroli konstytucyjności prawa*, Przegląd Sejmowy 2001, nr 1, s. 28-29.

sprawę w I instancji, na każdym etapie postępowania⁷. Zaznaczyć jednak należy, że sąd nie ma prawnego obowiązku przedstawienia Trybunałowi Konstytucyjnemu pytania prawnego, a jest to wyłącznie uprawnienie, na co jednoznacznie wskazuje redakcja art. 193 Konstytucji RP i użyty przez ustrojodawcę zwrot „sąd może przedstawić”. Nie jest natomiast konieczne, by pytający sąd był przekonany o niezgodności danego przepisu z Konstytucją RP, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi bądź ustawami, a wystarczy, żeby sąd miał uzasadnione wątpliwości co do zgodności normy będącej przedmiotem pytania prawnego z normami hierarchicznie wyższymi⁸.

Artykuł 79 ust. 1 Konstytucji RP określa, iż przedmiotem badania konstytucyjności przez Trybunał Konstytucyjny w ramach skargi może być ustawa lub inny akt normatywny, „na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie”. Oznacza to, że skarga konstytucyjna może być wniesiona tylko przeciw wyżej wymienionym aktom normatywnym, leżącym u podstaw rozstrzygnięć indywidualnych w konkretnej sprawie. O ile pojęcie „ustawa”, mimo braku zdefiniowania go w Konstytucji RP, nie budzi większych problemów interpretacyjnych – powinno być rozumiane szeroko i obejmować każdy obowiązujący w polskim porządku prawnym akt o randze ustawy⁹ – o tyle termin „akt normatywny” wymaga ustalenia jego treści. Nie wiadomo bowiem, czy art. 79 ust. 1 Konstytucji RP ma charakter autonomiczny względem art. 188 Konstytucji RP, czy też jego znaczenie należy wyklądać w świetle zakresu właściwości Trybunału określonego w tym przepisie. Zagadnienie to było szeroko omawiane w doktrynie, w szczególności w pierwszych latach po wejściu w życie Konstytucji RP, jednak do dziś nie zostało wypracowane jednolite stanowisko w tym przedmiocie. Pojęcie „akt normatywny”, interpretowane na gruncie art. 188 pkt. 1-3 Konstytucji RP, obejmowałoby tylko przepisy prawa wydawane przez centralne organy państwowe oraz umowy międzynarodowe, niemniej możliwość kontroli w drodze skargi konstytucyjnej tych ostatnich kwestionowano¹⁰. Według Z. Czeszejki-Sochackiego: „użyte w art. 79 ust. 1 pojęcie «akt normatywny» obejmuje jedynie te akty, co do których art. 188 pkt. 1-3 przewiduje kognicję Trybunału Konstytucyjnego”¹¹. Nadmienić trzeba, że L. Garlicki konsekwentnie prezentuje jeszcze dalej idące

⁷ Występujące na gruncie poszczególnych procedur sądowych (w tym w postępowaniu sądowo-administracyjnym) zagadania prawne, w odróżnieniu od pytań prawnych, mogą być z kolei kierowane wyłącznie przez sądy rozpoznające środki odwoławcze. Dla przykładu – sąd administracyjny może przedstawić do rozstrzygnięcia składowi siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego wyłącznie takie zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości, jakie wyłoniło się przy rozpoznawaniu skargi kasacyjnej bądź zażalenia.

⁸ L. Garlicki, *Trybunał Konstytucyjny a sądownictwo*, Przegląd Sądowy 1998, nr 1, s. 14.

⁹ B. Banaszak, *uwagi do art. 188* [w:] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 929. Pod pojęciem „ustawy” należy rozumieć chociażby rozporządzenia Prezydenta RP z mocą ustawy, a ponadto akty prawne rangi ustawowej wydane przed uchwaleniem Konstytucji RP, takie jak dekrety Rady Państwa z mocą ustawy i dekrety Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z mocą ustawy, o ile zachowały one moc obowiązującą.

¹⁰ Zob. szerzej J. Trzeciński, *uwagi do art. 79* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. I, Warszawa 1999, s. 15.

¹¹ Z. Czeszejko-Sochacki, *Skarga konstytucyjna w prawie polskim*, Przegląd Sejmowy 1998, nr 1, s. 48.

stanowisko, zgodnie z którym przedmiot zarówno skargi konstytucyjnej, jak i pytania prawnego, należy określać wyłącznie na podstawie art. 188 pkt. 1-3 Konstytucji RP, a kompetencja do kontroli zgodności z prawem aktów prawa miejscowego przyznana została wyłącznie sądom administracyjnym¹². W myśl innej możliwej interpretacji, odrębne wskazanie w art. 188 pkt. 5 Konstytucji RP kompetencji Trybunału Konstytucyjnego do orzekania w sprawach skarg konstytucyjnych, obok orzekania w sprawach aktów normatywnych wymienionych w pkt. 1-3, świadczyć miałyby o nadaniu skardze odmiennego charakteru i przyjęciu, że jej przedmiot określony został autonomicznie w art. 79 ust. 1 Konstytucji RP. Zdaniem F. Rymarza, powołującego się na *ratio legis* skargi konstytucyjnej, nie można w racjonalny sposób założyć, iż ustrojodawca ustanawiając instytucję ochrony praw i wolności jednostki, jednocześnie ograniczył tę ochronę do kontroli prawa stanowionego przez centralne organy państwowe¹³. Ważnym argumentem za zaliczeniem aktów prawa miejscowego do przedmiotowego zakresu skargi konstytucyjnej jest również fakt, iż prawo miejscowe mieści się w zakresie użytego w art. 193 Konstytucji RP terminu „akt normatywny”¹⁴, identycznego jak w art. 79 ust. 1 Konstytucji RP.

Sam Trybunał Konstytucyjny już w 2001 roku uznał możliwość uczynienia przedmiotem skargi konstytucyjnej aktów prawa miejscowego, „o ile mają one charakter normatywny i mogą być zaliczone do aktów normatywnych w rozumieniu konstytucyjnym, czyli powszechnie obowiązującego prawa, zawierającego normy generalne i abstrakcyjne”¹⁵. Ponadto Trybunał wyraził wówczas pogląd, że „zakres przepisów podlegających zaskarżeniu (...) ustala (...) autonomicznie i wyczerpująco art. 79 ust. 1 Konstytucji RP”, a „wyłączenie spoza zasięgu skargi konstytucyjnej prawa miejscowego byłoby także sprzeczne z art. 188 pkt. 5 Konstytucji RP, który wyraźnie wiąże kognicję Trybunału Konstytucyjnego z regulacją art. 79 ust. 1”¹⁶. Niezależnie od powyższego, Trybunał Konstytucyjny odmawia możliwości kwestionowania w drodze skargi konstytucyjnej miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego, uznając je za szczególnego rodzaju akty prawa miejscowego, które nie odpowiadają w pełni cechom aktów normatywnych i „mieszczą się (...) między klasycznymi aktami normatywnymi a klasycznymi aktami indywidualnymi związanymi ze stosowaniem prawa”¹⁷. Jednakże orzecznictwo trybunalskie nie jest jednolite w tym przedmiocie, gdyż Trybunał Konstytucyjny

¹² Zob. szerzej L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2015, s. 349-351 oraz L. Garlicki, *uwagi do art. 188...*, s. 22. Tak również Naczelny Sąd Administracyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 stycznia 2010 r., I OSK 1170/09, LEX nr 594940.

¹³ F. Rymarz, *Problem prawa miejscowego jako przedmiot skargi konstytucyjnej*, PS 1999, nr 5, s. 7. Zob. także W. Kręcis, W. Zakrzewski, *Skarga konstytucyjna a kontrola konstytucyjności prawa miejscowego*, Przegląd Sejmowy 1998, nr 5, s. 62-63.

¹⁴ Zob. literatura podana w przypisie 6.

¹⁵ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 lutego 2001 r., Ts 139/00, OTK ZU 2001, nr 2, poz. 40.

¹⁶ *Ibidem*. Zob. także postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 czerwca 2013 r., Ts 155/12, OTK ZU 2013, nr 3B, poz. 262.

¹⁷ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 października 2004 r., SK 42/02, OTK ZU 2004, nr 9A, poz. 97.

uznał wcześniej, że plan zagospodarowania przestrzennego jest przepisem gminnym powszechnie obowiązującym i mieści się on w pojęciu aktów normatywnych wymienionych w art. 87 ust. 2 Konstytucji RP¹⁸. Należy przy tym dodać, że art. 14 ust. 8 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym¹⁹ stanowi wprost, iż miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego jest aktem prawa miejscowego²⁰. Także w orzecznictwie Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego prezentowany jest pogląd, że miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego są aktami prawa miejscowego, czyli aktami normatywnymi²¹.

2.2. Kontrola sprawowana przez sądy administracyjne

W obecnym stanie prawnym, co do zasady, sądową kontrolę administracji publicznej sprawuje sądownictwo administracyjne²². Wynika to z art. 184 Konstytucji RP, który przewiduje: „Naczelny Sąd Administracyjny oraz inne sądy administracyjne sprawują, w zakresie określonym w ustawie, kontrolę działalności administracji publicznej. Kontrola ta obejmuje również orzekanie o zgodności z ustawami uchwał organów samorządu terytorialnego i aktów normatywnych terenowych organów administracji rządowej”. Zwraca przy tym uwagę niedoskonałość redakcyjna przepisu art. 184 zd. 2 Konstytucji RP, w którym jest mowa jedynie o „uchwałach organów samorządu terytorialnego”. Wydaje się, że ustrojodawca celowo nie posłużył się sformułowaniem „akty normatywne organów samorządu terytorialnego”, chcąc poddać kognicji sądów administracyjnych akty normatywne stanowione przez organy jednostek samorządu terytorialnego, ale i wydawane przez nie akty niezawierające norm generalnych i abstrakcyjnych, niemniej podkreślić trzeba, że zarówno jedno, jak i drugie mogą być

¹⁸ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 lutego 2001 r., Ts 139/00, OTK ZU 2001, nr 2, poz. 40.

¹⁹ Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (tekst jedn.: Dz.U. 2016 poz. 778 z późn. zm.).

²⁰ Artykuł 7 nieobowiązującej już ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o zagospodarowaniu przestrzennym (tekst jedn.: Dz.U. 1999 nr 15 poz. 139 z późn. zm.) również przewidywał, że miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego jest przepisem gminnym; przepisy gminne to dawna, nieużywana już przez ustawodawcę zbiorcza nazwa aktów prawa miejscowego stanowionych przez gminę.

²¹ Zob. np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 lutego 2014 r., II OSK 2195/12, ONSAiWSA 2015, nr 2, poz. 34; uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 grudnia 2013 r., II OPS 2/13, ONSAiWSA 2014, nr 6, poz. 89; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2011 r., II CSK 627/10, LEX nr 936447 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2001 r., III RN 203/00, OSNP 2001, nr 20, poz. 606.

²² Przepisy szczególne mogą jednak, w wyraźnie przewidzianych przypadkach, powierzać wykonywanie kontroli administracji publicznej także sądom powszechnym. Przykładowo, od decyzji wydanych przez organ rentowy w sprawie emerytury lub renty przysługuje odwołanie do właściwego sądu okręgowego – sądu pracy i ubezpieczeń społecznych, a od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Kontrola administracji publicznej sprawowana przez sądy powszechne oparta jest na zupełnie innym modelu jurysdykcji sądowej. Sąd powszechny posiada kompetencję do merytorycznego rozpatrzenia sprawy, w odróżnieniu od uprawnień o charakterze kasacyjnym sądu administracyjnego. Zob. szerzej J. Drachal, J. Jagielski, P. Gołaszewski, *uwagi do art. 2 [w:] Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, red. R. Hauser, M. Wierzbowski, Warszawa 2015, s. 35-37.

stanowione nie tylko w formie uchwał, lecz także zarządzeń. Uzupełnieniem normy konstytucyjnej jest art. 1 § 1 *ab initio* Prawa o ustroju sądów administracyjnych²³ przewidujący, iż „sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości przez kontrolę działalności administracji publicznej”. Zgodnie z § 2 tego artykułu „kontrola, o której mowa w § 1, sprawowana jest pod względem zgodności z prawem, jeżeli ustawy nie stanowią inaczej”.

W zakresie kontroli działania administracji publicznej dokonywanej przez sądy administracyjne, ważną rolę spełnia sądowa kontrola prawa powszechnie obowiązującego, w ramach której wyróżnia się bezpośrednią i pośrednią kontrolę legalności²⁴. Kontrola bezpośrednia, wynikająca wprost z przepisu art. 184 Konstytucji RP, sprowadza się do orzekania o hierarchicznej zgodności aktów prawa miejscowego. Co prawda, art. 184 zd. 2 Konstytucji RP stanowi o kontroli wskazanych w nim aktów pod względem ich zgodności z ustawami, niemniej w literaturze podnosi się, że wzorcami kontroli mogą być wszelkie akty hierarchicznie nadrzędne, w tym Konstytucja RP²⁵. Odnotować trzeba, że w piśmiennictwie był i jest wciąż prezentowany pogląd negujący uprawnienie sądów administracyjnych do oceny konstytucyjności prawa miejscowego przy kontroli bezpośredniej, zgodnie z którym sąd administracyjny, gdy poweźmie wątpliwość co do zgodności aktu prawa miejscowego z Konstytucją RP, powinien wystąpić z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego²⁶. Analizując zaś dotychczasowe orzecznictwo sądów administracyjnych dotyczące skarg na akty prawa miejscowego, należy zauważyć, iż sądy uznają się za właściwe do badania konstytucyjności tych aktów normatywnych²⁷.

Artykuł 3 § 2 Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi²⁸ normuje, że sprawowana przez sądy administracyjne kontrola działalności administracji

²³ Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (tekst jedn.: Dz.U. 2016 poz. 1066 z późn. zm.).

²⁴ Zob. szerzej R. Hauser, M. Masternak-Kubiak, *Konstytucyjne podstawy kontroli działalności administracji publicznej* [w:] *System prawa administracyjnego. Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, t. II, Warszawa 2012, s. 408. Z pośrednią kontrolą legalności mamy do czynienia wówczas, gdy sąd administracyjny samodzielnie dokonuje oceny aktu prawa powszechnie obowiązującego, stanowiącego podstawę aktu administracyjnego, który jest bezpośrednim przedmiotem zaskarżenia. Sąd administracyjny w przypadku uznania przepisu takiego aktu prawnego za niezgodny z normami wyższego rzędu, w tym z normami konstytucyjnymi, może odmówić jego zastosowania w toku rozpoznawania określonej sprawy, formalnie natomiast zakwestionowany przepis pozostaje w systemie prawnym.

²⁵ Zob. szerzej M. Wiącek, *uwagi do art. 184* [w:] *Konstytucja RP. Komentarz do art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, t. II, Warszawa 2016, s. 1106. Zob. także przypis 12 i powołane tam piśmiennictwo oraz orzecznictwo.

²⁶ Zob. szerzej A. Mączyński, J. Podkowik, *uwagi do art. 193* [w:] *Konstytucja RP. Komentarz do art. 87–243...*, s. 1263; R. Hauser, A. Kabat, *op.cit.*, s. 29; Z. Czeszejko-Sochacki, *Skarga konstytucyjna* [w:] *Konferencja naukowa: Konstytucja RP w praktyce*, Warszawa 1999, s. 269 oraz F. Rymarz, *op.cit.*, s. 6–7.

²⁷ Zob. np. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 10 czerwca 2014 r., II SA/Wr 153/14, LEX nr 1527453; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 11 sierpnia 2010 r., III SA/Wr 255/10, Legalis nr 562575 oraz wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 30 kwietnia 2009 r., II SA/Wr 612/08, LEX nr 536243.

²⁸ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn.: Dz.U. 2016 poz. 718 z późn. zm.); dalej jako ppsa.

publicznej obejmuje między innymi orzekanie w sprawach skarg na akty prawa miejscowego organów jednostek samorządu terytorialnego i terenowych organów administracji rządowej (pkt 5). Nadto, w myśl art. 3 § 2 pkt. 6 ppsa, kognicji sądów administracyjnych poddane zostały również niebędące prawem miejscowym akty, wydawane przez organy jednostek samorządu terytorialnego i ich związki, podejmowane w sprawach z zakresu administracji publicznej. Przy czym zaskarżanie aktów prawa miejscowego jest dopuszczalne bez względu na przedmiot ich regulacji, ponieważ w tym zakresie nie obowiązuje kryterium ograniczające do spraw z zakresu administracji publicznej²⁹.

Stosownie do art. 147 § 1 ppsa, sąd administracyjny uwzględniając skargę na akt prawa miejscowego, stwierdza jego nieważność w całości lub w części albo – jeżeli przepis szczególny wyłącza możliwość stwierdzenia nieważności – stwierdza, że został wydany z naruszeniem prawa. Takie przepisy szczególne zawierają ustrojowe ustawy samorządowe (art. 91 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym³⁰, art. 79 ust. 4 ustawy o samorządzie powiatowym³¹ oraz art. 82 ust. 5 ustawy o samorządzie województwa³²), które przewidują, iż w przypadku wady będącej nieistotnym naruszeniem prawa, nie stwierdza się nieważności uchwały lub zarządzenia, ograniczając się do wskazania, iż akt podjęto z naruszeniem prawa.

Co zastanawiające, w art. 3 § 2 pkt. 5 i 6 ppsa ustawodawca posługuje się odpowiednio terminami „akty prawa miejscowego” i „akty”, a w przepisie art. 147 ppsa z nieznanych względów występuje już, mogące wprowadzać w błąd, sformułowanie „uchwała lub akt”. Uchwała podjęta przez właściwy organ, niezależnie od tego czy będzie zawierała normy generalno-abstrakcyjne czy normy indywidualno-konkretne, zawsze będzie aktem stanowienia bądź stosowania prawa. Niezrozumiałe jest wobec tego różnicowanie w art. 147 ppsa kontrolowanych przez sądy administracyjne aktów na akty i uchwały.

3. Skutki utraty mocy obowiązującej aktu prawa miejscowego dla decyzji administracyjnych wydanych na jego podstawie

Jak zostało już powyżej przedstawione, kompetencja do kontroli legalności prawa miejscowego została rozdzielona między Trybunał Konstytucyjny oraz sądy administracyjne. Tymczasem w praktyce rolę „negatywnego prawodawcy” w stosunku do aktów prawa miejscowego wypełniają sądy administracyjne. Na gruncie proceduralnym brak jest jednak odpowiednich gwarancji wzruszalności aktów indywidualnych wydanych w oparciu o niezgodne z normami hierarchicznie wyższymi akty prawa miejscowego, których nieważność stwierdził sąd administracyjny, a ustawodawca ograniczył możliwość wznowienia postępowania jedynie do przypadku, gdy to Trybunał Konstytucyjny

²⁹ B. Adamiak, *Dopuszczalność drogi przed sądem administracyjnym* [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Metodyka pracy sędziego w sprawach administracyjnych*, Warszawa 2015, s. 122.

³⁰ Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn.: Dz.U. 2016 poz. 446 z późn. zm.).

³¹ Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jedn.: Dz.U. 2016 poz. 814 z późn. zm.).

³² Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (tekst jedn.: Dz.U. 2016 poz. 486 z późn. zm.).

orzeknie o niezgodności aktu normatywnego z Konstytucją, umową międzynarodową lub z ustawą, na podstawie którego została wydana decyzja.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego o niezgodności aktu normatywnego (w tym aktu prawa miejscowego) z normą wyższego rzędu powoduje, że strona postępowania administracyjnego uprzednio zakończonego wydaniem decyzji ostatecznej na podstawie takiego aktu, może wystąpić, w terminie jednego miesiąca od dnia wejścia w życie orzeczenia, z żądaniem wszczęcia postępowania w sprawie wznowienia postępowania. Podstawą takiego żądania jest art. 145a § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego³³, będący wykonaniem normy zawartej w art. 190 ust. 4 Konstytucji RP.

Sytuacja, gdy sąd administracyjny stwierdzi nieważność aktu prawa miejscowego ze względu na jego niezgodność z prawem, pod względem skutków prawnych dla aktów indywidualnych wydanych na jego podstawie, jest o wiele bardziej skomplikowana. W myśl art. 147 § 2 ppsa rozstrzygnięcia w sprawach indywidualnych wydane na podstawie takiego nieważnego aktu normatywnego „podlegają wzruszeniu w trybie określonym w postępowaniu administracyjnym albo w postępowaniu szczególnym”. Przepis, ustanawiając sankcję wzruszalności, odsyła do trybu określonego w przepisach proceduralnych normujących postępowanie administracyjne (ogólne i szczególne). Artykuł 147 § 2 ppsa ma zatem charakter normy odsyłającej i nie może stanowić samodzielnej podstawy prawnej do wzruszenia aktów indywidualnych wydanych na podstawie aktu prawa miejscowego, którego nieważność została stwierdzona przez sąd³⁴. Możliwość wzruszenia „rozstrzygnięć w sprawach indywidualnych” uzależniona jest więc faktycznie od istnienia w przepisach procesowych podstawy kompetencyjnej do uruchomienia właściwego nadzwyczajnego trybu postępowania administracyjnego. Kpa nie reguluje jednak wprost wzruszenia decyzji administracyjnej wydanej na podstawie aktu prawa miejscowego, którego nieważność stwierdził sąd administracyjny w wyniku uwzględnienia skargi.

Podstawy wszczęcia postępowania administracyjnego w sprawie wznowienia postępowania zostały wyliczone wyczerpująco w art. 145 § 1, art. 145a § 1 i art. 145b § 1 kpa, a wskazane przepisy nie przewidują wszczęcia postępowania w tym trybie, w przypadku wydania decyzji administracyjnej w oparciu o postanowienia aktu prawa miejscowego, którego nieważność stwierdził następnie prawomocnym wyrokiem sąd administracyjny. Podstawą do zastosowania instytucji wznowienia postępowania nie może bez wątpienia być przepis art. 145 § 1 pkt. 8 kpa, ponieważ dotyczy on wyłącznie sytuacji, w których decyzja administracyjna została wydana w oparciu o inną decyzję lub orzeczenie sądu, które zostały następnie wyeliminowane z obrotu prawnego. Zmiana stanu prawnego nie jest także ani nową okolicznością faktyczną, ani nowym dowodem, o których stanowi art. 145 § 1 pkt. 5 kpa. W literaturze zwrócono uwagę, iż właściwym najprawdopodobniej będzie tryb stwierdzenia nieważności decyzji na podstawie art. 156 § 1 pkt. 2 *ab initio* kpa,

³³ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz.U. 2016 poz. 23 z późn. zm.); dalej jako kpa.

³⁴ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 10 listopada 2011 r., II SA/Kr 1325/11, LEX nr 1152788.

jako decyzji wydanej bez podstawy prawnej³⁵. Rozumowanie to może jednak zasadnie wzbudzać wątpliwości. Decyzja posiadała podstawę prawną, jako że akt prawa miejscowego tę podstawę zawierający, obowiązywał w obrocie prawnym w momencie jej wydania, co wyklucza zastosowanie wówczas sankcji nieważności na podstawie art. 156 § 1 pkt. 2 kpa³⁶. Fakt utraty przez akt normatywny, stanowiący podstawę prawną decyzji administracyjnej, mocy obowiązującej po wydaniu decyzji nie może więc powodować uznania decyzji za wydaną bez podstawy prawnej³⁷. Z drugiej jednak strony podnosi się, iż stwierdzenie nieważności aktu prawa miejscowego rodzi skutki *ex tunc* i jest to sytuacja, jakby danego aktu nigdy nie było w obrocie prawnym; nigdy nie został wydany przez właściwy organ³⁸. W kontekście prowadzonych rozważań zauważyć ponadto należy, że ustawodawca w art. 147 § 2 ppsa posługuje się sformułowaniem „podlegają wzruszeniu”. Wśród rodzajów stosowanych sankcji wobec wadliwych decyzji administracyjnych, ze względu na gradację wad leżących u podstawy ich stosowania, wyraźnie rozróżnia się sankcję nieważności i sankcję wzruszalności³⁹. Pojęcie „wzruszalności” związane jest z możliwością uchylecia lub zmiany aktu administracyjnego⁴⁰, a *de lege lata* wzruszenie decyzji ostatecznej może nastąpić poprzez jej uchylenie w ramach postępowania w sprawie wznowienia postępowania albo uchylenie lub zmianę w trybie postępowania w sprawie uchylecia lub zmiany decyzji prawidłowej bądź dotkniętej wadliwością niekwalifikowaną. Może to podawać w wątpliwość właściwość w przypadku, o którym stanowi art. 147 § 2 ppsa, trybu nadzwyczajnego w sprawie stwierdzenia nieważności. Jak już zostało zaakcentowane, decyzja taka może być co prawda wyeliminowana w nadzwyczajnym trybie postępowania administracyjnego w sprawie uchylecia lub zmiany decyzji prawidłowej bądź dotkniętej wadliwością niekwalifikowaną. Nie sposób jednak uznać, by był to środek wystarczający. Organ prowadzący postępowanie w owym trybie, stosując wobec decyzji sankcję wzruszalności, opiera się wyłącznie na względach celowościowych (art. 154 i 155 kpa – „przemawia za tym interes społeczny lub słuszny interes strony”, art. 161 kpa – „w inny sposób nie można usunąć stanu zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzkiemu albo zapobiec poważnym szkodom dla gospodarki narodowej lub dla ważnych interesów Państwa”), nie zaś na kryterium zgodności z prawem. Należy zatem wyraźnie podkreślić, że wzruszenie decyzji w nadzwyczajnym trybie postępowania administracyj-

³⁵ K. Sobieralski, *Skarga do sądu administracyjnego na uchwałę lub akt prawa miejscowego a weryfikacja decyzji administracyjnej* [w:] *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, red. J. Supernat, Wrocław 2009, s. 629–630.

³⁶ B. Adamiak, *Nieważność aktu prawa miejscowego a wadliwość decyzji administracyjnej*, PiP 2002, z. 9, s. 22–23. Tak również Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r., II OSK 2868/12, LEX nr 1575604.

³⁷ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 kwietnia 2014 r., II OSK 2868/12, LEX nr 1575604.

³⁸ Zob. np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 maja 2012 r., II OSK 400/11, LEX nr 1403277.

³⁹ Zob. szerzej B. Adamiak, *Nadzwyczajne tryby postępowania administracyjnego* [w:] *System Prawa Administracyjnego. Prawo procesowe administracyjne*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, t. IX, Warszawa 2014, s. 234 oraz B. Adamiak, *Wadliwość decyzji administracyjnej*, Wrocław 1986, s. 28.

⁴⁰ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016, s. 416.

nego w sprawie uchylenia lub zmiany decyzji prawidłowej bądź dotkniętej wadliwością niekwalifikowaną następuje w razie wystąpienia określonej we wskazanych przepisach przesłanki celowościowej, a przesłanką jako taką nie jest zmiana stanu prawnego.

Omawiane zagadnienie dodatkowo komplikuje fakt, iż w orzecznictwie sądów administracyjnych podejście do niego nie jest jednolite. W niektórych orzeczeniach przyjmowano, że stwierdzenie nieważności aktu prawa miejscowego, w oparciu o postanowienia którego została wydana decyzja, stanowi podstawę do stwierdzenia jej nieważności na podstawie art. 156 § 1 pkt. 2 kpa, jako decyzji wydanej bez podstawy prawnej⁴¹. Prezentowany niemniej był także pogląd, iż norma z art. 147 § 2 ppsa odsyła do trybów nadzwyczajnych uregulowanych na gruncie kpa, ale ani tryb stwierdzenia nieważności, ani tryb wznowienia postępowania nie mogą tu jednak znaleźć zastosowania⁴². Wydaje się przy tym, że drugie z przedstawionych stanowisk przeważa w orzecznictwie sądowoadministracyjnym. Odnotować także należy dość osobliwe podejście do przedmiotowego problemu zaprezentowane przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku, który uznał, że na podstawie art. 156 § 1 pkt. 2 *in fine* kpa należy uznać za nieważną – z uwagi na jej wydanie z rażącym naruszeniem prawa – decyzję o pozwoleniu na budowę wydaną na podstawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, którego nieważność stwierdzono. W ocenie Sądu doszło bowiem do rażącego naruszenia art. 35 ust. 1 pkt. 1 prawa budowlanego⁴³. Powołany przepis nakłada na organ obowiązek sprawdzenia, przed wydaniem decyzji o pozwoleniu na budowę lub odrębnej decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego, między innymi zgodności planowanej inwestycji z obowiązującym na danym terenie porządkiem planistycznym poprzez zbadanie zgodności projektu budowlanego z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego albo decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu w przypadku braku planu miejscowego. Sąd ocenił, iż zbadanie zgodności projektu budowlanego z przepisami planu, wyeliminowanego następnie wskutek stwierdzenia nieważności, jest „tożsame z brakiem kontroli przez organ architektoniczno-budowlany zgodności inwestycji z obowiązującym na danym terenie porządkiem planistycznym”, choć – jak wskazał Sąd – „organowi w tym zakresie nie można postawić zarzutu świadomego działania sprzecznego z prawem”⁴⁴. Przedstawione powyżej stanowisko nie zasługuje na aprobatę, zważywszy, że jeden z wyroków Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku, w którym je zawarto, został następnie uchylony przez Naczelny Sąd Administracyjny⁴⁵.

⁴¹ Zob. np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 maja 2012 r., II OSK 400/11, LEX nr 1403277.

⁴² Zob. np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 kwietnia 2014 r., II OSK 2868/12, LEX nr 1575604 oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 września 2013 r., II OSK 893/12, LEX nr 1559937.

⁴³ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz.U. 2016 poz. 290 z późn. zm.).

⁴⁴ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 16 listopada 2016 r., II SA/Gd 342/16, LEX nr 2173243, nieprawomocny.

⁴⁵ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 listopada 2016 r., II OSK 1490/15, LEX nr 2228008.

Z punktu widzenia jednostki – adresata decyzji wydanej na podstawie wyeliminowanego z obrotu prawnego aktu prawa miejscowego – doniosłe znaczenie będzie miała przede wszystkim odrębność przedmiotów przywołanych powyżej nadzwyczajnych trybów postępowania administracyjnego, to jest postępowania w sprawie wznowienia postępowania i postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności. Decyzje podejmowane w obu trybach nadzwyczajnych, z racji odrębności przedmiotu postępowania, wywołują bowiem odmienne skutki prawne. Nadzwyczajny tryb postępowania administracyjnego w sprawie wznowienia postępowania daje podstawę do zastosowania sankcji wzruszalności wobec decyzji oraz umożliwia ponowne rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy rozstrzygniętej już uprzednio decyzją ostateczną, podczas gdy przedmiotem postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności jest wyłącznie weryfikacja decyzji, a nie ponowne merytoryczne rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej⁴⁶. Następstwem prawnym ustalenia przez organ prowadzący postępowanie w sprawie stwierdzenia nieważności wystąpienia kwalifikowanej wadliwości, jaką obarczona jest decyzja, może być tylko wyeliminowanie decyzji z obrotu prawnego ze skutkiem *ex tunc*, o ile nie zachodzą ujemne przesłanki stwierdzenia nieważności. Oznacza to, że celem ukształtowania uprawnienia prawnego lub obowiązku prawnego jednostki konieczny jest wówczas powrót na drogę postępowania zwykłego, co znacznie wydłuża czas do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. Mając na względzie powyższe, *de lege ferenda* w kpa winna zostać unormowana możliwość wzruszenia – w pełnym tego słowa znaczeniu – decyzji wydanej na podstawie aktu prawa miejscowego, którego nieważność stwierdzono, poprzez tryb wznowienia postępowania. Skoro orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego, eliminujące z obrotu prawnego akt normatywny będący podstawą prawną wydanej decyzji, powoduje, że „w sprawie powstaje nowy stan faktyczny, którego ustalenie powinno być przedmiotem postępowania w sprawie wznowienia postępowania”⁴⁷, to należy przyjąć, że ten sam tryb jest właściwy dla wzruszenia aktów administracyjnych wydanych na podstawie aktu prawa miejscowego, którego nieważność stwierdził prawomocnym orzeczeniem sąd administracyjny.

Biorąc pod uwagę co zostało wcześniej podniesione, można zaryzykować tezę o niekonstytucyjności art. 145 § 1 kpa ze względu na to, że pomija on istotną treść normatywną, to znaczy zawiera pominięcie prawodawcze (ustawodawcze). Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie wyróżnia bowiem oprócz zaniechania ustawodawczego⁴⁸ pominięcie prawodawcze, czyli przyjęcie przez ustawodawcę uregulowania niepełnego⁴⁹. Trybunał przyjmuje tym samym, iż zarzut niekonstytucyjności może

⁴⁶ Zob. szerzej B. Adamiak, *Nadzwyczajne...*, s. 237.

⁴⁷ J. Borkowski, *uwagi do art. 145a [w:] Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. B. Adamiak, J. Borkowski, Warszawa 2016, s. 671.

⁴⁸ Zaniechanie prawodawcze to świadome pozostawienie przez prawodawcę określonej kwestii w całości poza uregulowaniem, choćby obowiązek wydania stosownego aktu wynikał z norm konstytucyjnych. Zob. szerzej wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2001 r., SK 22/01, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 216 oraz orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 grudnia 1996 r., K 25/95, OTK ZU 1996, nr 6, poz. 52.

⁴⁹ Zob. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 listopada 2005 r., SK 25/02, OTK ZU 2005, nr 10A, poz. 112; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 czerwca 2011 r., SK 41/09, OTK ZU

dotyczyć zbyt wąskiego zakresu zastosowania regulacji lub pominięcia w niej treści istotnych. Z pominięciem ustawodawczym mamy więc do czynienia wówczas, gdy „integralną, funkcjonalną częścią jakieś normy powinien być pewien element regulacji, którego brakuje, a z uwagi na podobieństwo do istniejących unormowań należy oczekiwać jego istnienia”⁵⁰. Wydaje się przy tym, że to art. 145a § 1 kpa jest regulacją niepełną, ponieważ ustawodawca w przytoczonym przepisie ograniczył możliwość wznowienia postępowania jedynie do przypadku, gdy Trybunał Konstytucyjny orzeknie o niezgodności aktu normatywnego z Konstytucją, umową międzynarodową lub z ustawą, na podstawie którego decyzja została wydana. Gdy zarzut niekonstytucyjności dotyczy pominięcia ustawodawczego, to przedmiotem kontroli winien być ten przepis, który pozostaje w najściślejszym związku z pominiętą treścią normatywną⁵¹. W przypadku pominięć ustawodawczych określenie przedmiotu kontroli osadza się więc na pewnej konwencji, ponieważ norma, której zabrakło, mogłaby zostać zawarta w dowolnej jednostce redakcyjnej danego aktu, a nawet w odrębnym akcie normatywnym⁵².

W dotychczasowej praktyce, co trzeba stanowczo podkreślić, to sądy administracyjne dokonują wyłącznie kontroli aktów prawa miejscowego, a pomimo tego na gruncie proceduralnym brak jest odpowiednich gwarancji – w odróżnieniu od przepisu art. 145a § 1 kpa – wzruszenia aktów indywidualnych wydanych na podstawie niezgodnych z normami wyższego rzędu aktów prawa miejscowego, których nieważność stwierdził sąd administracyjny. Mając na uwadze, że ze względu na przyjęte przez ustrojodawcę unormowania, w stosunku do aktów prawa miejscowego rolę „negatywnego prawodawcy” wypełniają przede wszystkim (*de facto* wyłącznie) sądy administracyjne, można przyjąć, iż art. 145a § 1 kpa jest regulacją niepełną, która narusza zasadę równości w prawie w związku z prawem do wykonania wyroku. Artykuł 145a § 1 kpa różnicuje w nieuprawniony sposób prawo jednostki do wykonania wyroku – adresat decyzji administracyjnej wydanej na podstawie nielegalnego aktu prawa miejscowego wyeliminowanego z obrotu prawnego wskutek orzeczenia sądu administracyjnego nie będzie miał możliwości wzruszenia takiej decyzji, podczas gdy jednostka, w stosunku do której wydano identyczną decyzję na podstawie aktu prawa miejscowego wyeliminowanego z obrotu wskutek orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego taką możliwość ma zapewnioną. Nie ma obiektywnych względów do wskazanego zróżnicowania sytuacji prawnej adresatów decyzji administracyjnych wydanych na podstawie niezgodnych z prawem aktów prawa miejscowego, a grupa podmiotów podobnych (to jest adresatów decyzji wydanych na podstawie aktów prawa miejscowego niezgodnych z normami

2011, nr 5A, poz. 40 oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 lipca 2013 r., SK 16/12, OTK ZU 2013, nr 6A, poz. 75.

⁵⁰ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 maja 2009 r., Ts 189/08, OTK ZU 2009, nr 3B, poz. 202.

⁵¹ Zob. szerzej A. Mączyński, J. Podkowik, *uwagi do art. 188 [w:] Konstytucja RP. Komentarz do art. 87–243...*, s. 1146.

⁵² L. Bosek, M. Wild, *Kontrola konstytucyjności prawa. Zagadnienia ustrojowe, procesowe i materialnoprawne. Komentarz praktyczny dla sędziów i pełnomocników procesowych. Wzory pism procesowych*, Warszawa 2014, s. 68.

hierarchicznie wyższymi) została wyraźnie przez ustawodawcę potraktowana w sposób odmienny. Nie sposób zatem przyjąć, iżby prawodawca wypełnił konstytucyjny obowiązek nadania prawu takich treści, które czynią zadość nakazowi jednakowego traktowania podmiotów podobnych, a który wynika z konstytucyjnej zasady równości i jej elementu składowego, jakim jest równość w prawie⁵³. Jak słusznie podnosi się w literaturze: „Prawo do rozstrzygnięcia sądowego nie sprowadza się jedynie do możliwości jego uzyskania, lecz – biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia skuteczności i efektywności tego rozstrzygnięcia z racji jego wiążącego charakteru – rozciąga się również na możliwość jego realizacji (...). Ten aspekt prawa do rozstrzygnięcia sądowego jest określany mianem prawa do jego wykonania”⁵⁴. Trybunał Konstytucyjny, w jednym ze swoich orzeczeń, zwrócił uwagę, iż „ustawodawca musi (...) zagwarantować wykonanie orzeczeń sądowych i stworzyć w tym celu odpowiednio ukształtowaną procedurę ich wykonywania”⁵⁵. Odnosząc zaś powyższe rozważania na temat prawa do wykonania wyroku do zagadnienia wzruszalności decyzji administracyjnych opartych o akty prawa miejscowego, których nieważność stwierdzono, przytoczyć należy wyrażony w doktrynie pogląd, że: „W przypadku, gdy jednostka, korzystając z prawa do zaskarżenia aktu prawa miejscowego, uzyska orzeczenie uwzględniające jej racje, powinna dysponować środkami pozwalającymi na odwrócenie skutków prawnych wywołanych przez nielegalny akt. Jest to implikacja prawa do wykonania wyroku sądu administracyjnego”⁵⁶. Nie sposób zgodzić się z prezentowanym niekiedy w orzecznictwie poglądem, jakoby mamy w istocie do czynienia z uznaniem przez porządek prawny skutków prawnych decyzji wydanych na podstawie aktu prawa miejscowego, którego nieważność stwierdzono, ponieważ ustawodawca miał nie przewidzieć trybu ich usuwania z obrotu prawnego⁵⁷. Takie stanowisko koliduje nie tylko z brzmieniem przepisu art. 147 § 2 ppsa, w którego treści prawodawca *expressis verbis* przewidział, że akty te „podlegają wzruszeniu”, ale i z konstytucyjnie gwarantowanym prawem do wykonania orzeczenia. Wyrok sądu administracyjnego stwierdzający nieważności aktu prawa miejscowego powinien więc umożliwiać wzruszenie decyzji administracyjnych podjętych na podstawie nielegalnego aktu.

4. Zakończenie

Przyjęte i aktualnie obowiązujące rozwiązanie dotyczące wzruszalności decyzji administracyjnych wydanych na podstawie wyeliminowanych z obrotu prawnego aktów normatywnych nie wydaje się satysfakcjonujące. W szczególności trudno uznać

⁵³ Szerzej na temat zasady równości i równości w prawie zob. L. Garlicki, *uwagi do art. 32 [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, s. 10.

⁵⁴ P. Grzegorzcyk, K. Weitz, *uwagi do art. 45 [w:] Konstytucja RP. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, t. I, Warszawa 2016, s. 1151.

⁵⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 lutego 2003 r., P 11/02, OTK ZU 2003, nr 2A, poz. 12.

⁵⁶ M. Wiącek, *op.cit.*, s. 1105.

⁵⁷ Zob. np. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 7 czerwca 2016 r., II SA/Kr 367/16, LEX nr 2066768.

za zasadne zróżnicowanie sytuacji prawnej adresatów decyzji administracyjnych w zależności od tego, w jakim trybie akt prawa miejscowego stanowiący podstawę prawną decyzji został wyeliminowany z obrotu prawnego. Uwagi zawarte w artykule odnieść należy także do postępowania podatkowego, gdyż w Ordynacji podatkowej⁵⁸ również nie przewidziano możliwości wznowienia postępowania wskutek stwierdzenia przez sąd administracyjny nieważności aktu prawa miejscowego, na podstawie którego wydano decyzję. W literaturze wskazuje się ponadto na konieczność dopuszczenia możliwości wznowienia postępowania w sprawie zakończonej decyzją ostateczną wydaną w oparciu o akt normatywny organu jednostki samorządu terytorialnego, którego nieważność została stwierdzona przez organ nadzoru, a także na podstawie aktu prawa miejscowego terenowego organu administracji rządowej uchylonego przez Prezesa Rady Ministrów⁵⁹. Wszystko to prowadzi nieodparcie do przekonania, iż ingerencja ustawodawcy w kodeksowe unormowanie instytucji nadzwyczajnych trybów postępowania administracyjnego byłaby ze wszech miar pożądana.

W odniesieniu natomiast do obowiązującego systemu kontroli hierarchicznej zgodności norm prawa miejscowego, pewne uzasadnione obawy może wzbudzać fakt, że po ponad 19 latach obowiązywania instytucji skargi konstytucyjnej w Polsce, będącej bez wątpienia najważniejszym środkiem ochrony konstytucyjnych praw i wolności, wciąż ostatecznie nie rozstrzygnięto sporów co do jej zakresu przedmiotowego. By uniknąć nieścisłości i niepewności odnośnie zakresu przedmiotowego skargi, istotne wydawałoby się precyzyjne określenie w Konstytucji RP aktów normatywnych, jakie mogą być zaskarżalne za pomocą skargi konstytucyjnej. nierozstrzygnięte wydaje się również zagadnienie, czy sąd administracyjny jest uprawniony do dokonywania samodzielnej oceny konstytucyjności prawa miejscowego, choć dotychczasowa praktyka sądownoadministracyjna wyraźnie o tym przesądziła.

Niemniej jednak kwestia wzruszalności decyzji administracyjnych wydanych na podstawie aktów prawa miejscowego, które utraciły moc obowiązującą, jak również kontroli legalności aktów prawa miejscowego, pozostaje wciąż sporna i otwarta na nowe propozycje, a niniejszy artykuł uznać należy jedynie za przyczynek traktujący o aktualnych problemach oraz możliwych kierunkach zmian w polskim porządku prawnym.

* * *

Application of a Sanction of Mutability against Administrative Decisions Issued on the Grounds of Acts of Local Law which Have Been Declared Invalid by an Administrative Court

The study presents issues of application of a sanction of mutability against administrative decisions issued on the grounds of acts of local law which have been eliminated from a legal system by a ruling of an administrative court. Article 147 § 2 of the Law on Proceedings before

⁵⁸ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz.U. 2017 poz. 201 z późn. zm.).

⁵⁹ B. Adamiak, *Nieważność...*, s. 24.

Administrative Courts constitutes a possibility of challenging 'decisions on individual cases' as a consequence of having an act of local law which constitutes their legal basis declared invalid by a court. Nonetheless, provisions regulating an administrative proceeding do not currently offer a ground for application of an institution of reopening of a proceeding in such a case. The Legislator created such a possibility only if the Constitutional Tribunal have decided on an inconsistency between an normative act and either the Constitution, an international treaty or a statute on the basis of which the decision had been issued. Therefore, there is a number of controversies in the legal doctrine and case law of administrative courts concerning a construction of the aforementioned provision and a possibility of applying sanctions provided by provisions regulating an administrative proceeding.

The study focuses both on the most vital problems concerning the subject matter and postulates of changes to the law.

Key words: sanction of mutability, administrative decisions, acts of local law

Tomasz Lichtarski¹

Niezgodność z prawem egzekucji a odpowiedzialność zobowiązanego za koszty egzekucyjne w świetle ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji

Streszczenie:

Każde postępowanie w stosunku do danego podmiotu, w tym administracyjne postępowanie egzekucyjne, powinno być zawsze wszczynane na pełnoprawnej podstawie. Nie można zaakceptować sytuacji, kiedy bezzasadnie wszczęta egzekucja będzie rodziła negatywne konsekwencje dla podmiotu, w stosunku do którego została prowadzona. Przepisy prawa powinny być konstruowane w taki sposób, aby zachować równowagę pomiędzy interesem publicznym a interesem jednostki. Wykładnia norm prawnych nie może prowadzić do nadużyć, które będą skutkowały pokrzywdzeniem jednostki. Skoro tak, to również interpretacja treści przepisów sklasyfikowanych w ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, a w szczególności art. 64c § 3 tejże ustawy, nie może zostać przeprowadzona z pominięciem naczelných zasad prawnych, mających za zadanie utrzymać harmonię w obowiązującym porządku prawnym.

Słowa kluczowe: egzekucja, koszty, społeczna sprawiedliwość, organ podatkowy

1. Wstęp

Procedurę postępowania egzekucyjnego w administracji, w tym również zasady ponoszenia jego kosztów, reguluje ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu

¹ Autorem jest doktorant III roku w Katedrze Prawa Cywilnego i Prawa Prywatnego Międzynarodowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, a także aplikant adwokacki przy Okręgowej Radzie Adwokackiej w Bielsku-Białej.

egzekucyjnym w administracji² – zwana dalej u.p.e.a. Koszty egzekucyjne, zgodnie z podstawową zasadą, obciążają zobowiązanego, czyli podmiot uchylający się od ciążących na nim obowiązków. Należy tutaj dla porządku wskazać, że na koszty egzekucyjne składają się zarówno opłaty ustalane stosunkowo w zależności od rodzaju zajęcia, zgodnie z zasadami przyjętymi przede wszystkim w art. 64 ust. 1 u.p.e.a. oraz wydatki poniesione przez organ egzekucyjny w związku z prowadzeniem egzekucji, których przykładowy katalog sklasyfikowany został z kolei w art. 64b § 1 u.p.e.a. Co istotne, organ egzekucyjny zobowiązany jest stosować środki egzekucyjne prowadzące bezpośrednio do wykonania obowiązku, a w przypadku kilku środków jedynie takie, które będą najmniej uciążliwe dla zobowiązanego. Taka dyspozycja wynika wprost z treści art. 7 ust. 2 u.p.e.a. W doktrynie przyjmuje się, że obowiązek stosowania środków egzekucyjnych zmierzających bezpośrednio do wykonania obowiązku należy pożytywać jako zasadę celowości oraz gospodarnego prowadzenia egzekucji³. Wobec tego stosowne będzie stwierdzenie, że nieuzasadnione wydatki egzekucyjne oraz inne koszty powstałe w skutek niewłaściwego działania organu egzekucyjnego bądź też jego pracowników, nie mogą obciążać zobowiązanego.

Odpowiedzialność zobowiązanego w zakresie kosztów egzekucyjnych nie ma jednak charakteru bezwzględnego, bowiem odstępstwo ma miejsce w sytuacji, gdy po pobraniu od zobowiązanego należności z tytułu kosztów egzekucyjnych okaże się, że wszczęcie i prowadzenie egzekucji było niezgodne z prawem. Wówczas należności te, wraz z naliczonymi od dnia ich pobrania odsetkami ustawowymi, organ egzekucyjny zwraca zobowiązanemu, a jeżeli niezgodne z prawem wszczęcie i prowadzenie egzekucji spowodował wierzyciel, obciąża nimi wierzyciela. Taki stan prawny uregulowany został w art. 64c § 3 u.p.e.a. Dyspozycja wskazanego przepisu, choć wydaje się na pierwszy rzut oka jasna, wymaga jednak dalszej analizy, z uwagi na niejednorodną linię interpretacyjną, która niejednokrotnie godzi w interes podatnika oraz zagwarantowane konstytucyjnie wartości – w tym interes społeczny oraz prawo do ochrony własności.

2. Ocena niezgodności z prawem prowadzonej egzekucji

Nie ulega wątpliwości, że sprzeczna z poczuciem społecznej sprawiedliwości i zmierzająca do ewidentnego pokrzywdzenia zobowiązanego byłaby sytuacja, kiedy pomimo ostatecznego ustalenia braku podstaw do wszczęcia i prowadzenia egzekucji, to zobowiązany, który na skutek późniejszych ustaleń zobowiązanym wcale nie był, musiałby ponosić koszty postępowania egzekucyjnego. Ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji nie przewiduje innej podstawy ponad art. 64c § 3, gdzie byłaby mowa o odstępstwie od zasady obciążania zobowiązanego kosztami egzekucyjnymi. Wydaje się zatem, że przepis powyższego artykułu powinno się traktować szeroko. Podejście w tym zakresie nie jest niestety takie oczywiste, co skutkuje obecnie niepewną sytuacją zobowiązanego, któremu ciężko przewidzieć, jakimi dyrektywami przy wydawaniu rozstrzygnięcia w zakresie kosztów egzekucyjnych będą kierować się organy podatkowe.

² Tj. z dnia 06.04.2016 r. (Dz.U. 2016 poz. 599).

³ *Postępowanie egzekucyjne w administracji. Komentarz*, red. R. Hauser, A. Skoczylas, Warszawa 2016, s. 64.

Główny problem związany z zastosowaniem art. 64c § 3 u.p.e.a. dotyczy sytuacji, kiedy organ wszczyna egzekucję na podstawie nieostatecznej decyzji, która następnie zostaje uchylona, a prowadzone postępowanie najczęściej umorzone. Nie można wówczas mówić, aby podmiot, w stosunku do którego prowadzono postępowanie, był faktycznie zobowiązany, a zatem tym bardziej nie można zaakceptować sytuacji, kiedy organ odmówi zwrotu kwoty zajętej tytułem kosztów egzekucji. Zarówno stanowisko organów podatkowych, jak i linia orzecznicza nie są w tym zakresie jednolite. Z jednej strony można spotkać się z poglądem, zgodnie z którym niezgodność z prawem należy rozumieć w sposób ścisły, a sam fakt takiej nieważności postępowania powinien zostać stwierdzony wyraźną, odrębną decyzją organu. Wówczas miałyby miejsce skutek *ex tunc*, a samo postępowanie zostałoby objęte nieważnością z mocą wsteczną. Jak przyjął WSA w Bydgoszczy: „Uchylenie decyzji podatkowej stanowiącej podstawę wystawienia tytułu wykonawczego skierowanego do egzekucji nie stanowi o niezgodnym z prawem wszczęciu i prowadzeniu egzekucji. Tylko decyzja stwierdzająca nieważność decyzji na podstawie której wystawiono tytuł wykonawczy i wszczęto egzekucję może prowadzić do ustalenia zaistnienia przesłanki określonej w przepisie art. 64c § 3 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (t.j. Dz.U. z 2012 r. poz. 1015 ze zm.), gdyż tylko w tym przypadku dochodzi do jej eliminacji ze skutkiem wstecznym (od dnia jej wydania)”⁴. Podobnie uznał WSA w Warszawie, wskazując w sposób precyzyjny, że stwierdzeniem nieważności postępowania: „(...) będzie (...) stosowna decyzja organu administracji publicznej bądź wyrok sądowy, które w swej treści przesądzają, że tytuł wykonawczy nie powinien być wydany lub został niewłaściwie wprowadzony do obrotu prawnego”⁵. Również jeden ze świeższych poglądów prezentowanych przez NSA koresponduje z powyższą linią orzeczniczą: „(...) trudno zaakceptować pogląd, że ryzyko poniesienia kosztów postępowania egzekucyjnego ciąży na wierzycielu czy organie egzekucyjnym, działającym zgodnie z prawem, zaś obciążanie wierzyciela (organu podatkowego), czy też ponoszenie ich przez organ egzekucyjny tylko z tego powodu, że decyzja stanowiąca podstawę prowadzenia egzekucji została uchylona w toku instancji, powodowałoby skutki trudne do przyjęcia i niezgodne z zasadami i celami postępowania podatkowego i egzekucyjnego”⁶. Uznanie za zasadne twierdzeń prezentowanych w przywołanych judykatach prowadziłoby do sytuacji, kiedy pomimo ostatecznego rozstrzygnięcia uchylającego obowiązek np. podatkowy po stronie zobowiązanego, podstawa obciążenia go kosztami postępowania pozostawałaby nadal aktualna. Przepis art. 64c § 3 u.p.e.a. miałby wówczas ograniczone zastosowanie, które sprowadzałoby się jedynie do sytuacji, kiedy już w momencie wszczęcia bądź prowadzenia postępowania, egzekucja dotknięta byłaby uchybieniami skutkującymi niezgodnością z prawem. Nie ulega wątpliwości, że za taką niezgodność uznać należy m.in. sytuacje, kiedy roszczenie w chwili wszczęcia postępowania jest już przeterminowane, a mimo to organ podejmuje działania egzekucyjne bądź tytuł wykonawczy został wystawiony przez wierzyciela w sposób nieprawidłowy – nie chodzi tu jednak o wady formalne, które powinny być znane organowi egzekucyjnemu

⁴ Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 10.11.2015 r., sygn. akt I SA/Bd 747/15, Legalis nr 1399685.

⁵ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 24.08.2006 r., sygn. akt III SA/Wa 1750/06, Legalis nr 359217.

⁶ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 27.04.2016 r., sygn. akt II FSK 826/14, LEX nr 2064985.

w chwili otrzymania tytułu wykonawczego, lecz wady merytoryczne, o wystąpieniu których organ egzekucyjny dowiaduje się najczęściej z chwilą podjęcia czynności egzekucyjnych⁷. Niezgodna z prawem będzie również egzekucja obowiązku określonego decyzją nieostateczną, która nie została objęta rygorem natychmiastowej wykonalności⁸.

Niepewność sytuacji zobowiązanego pojawia się właśnie w związku z problemem egzekucji wszczynanej na podstawie decyzji nieostatecznych, ale zaopatrzonych w rygor natychmiastowej wykonalności, które choć teoretycznie uprawniają organ do wszczęcia administracyjnego postępowania egzekucyjnego, to jednak nie przesądzają, czy zobowiązany faktycznie tym zobowiązany jest. Przyjęcie, że uchylenie takiej decyzji, w sytuacji kiedy postępowanie zostanie ostatecznie umorzone, nie przesądza o niezgodności z prawem postępowania egzekucyjnego, a tym samym brak jest podstaw do zwrotu zobowiązanemu pobranych należności z tytułu kosztów postępowania egzekucyjnego, prowadziłoby w sposób oczywisty do pokrzywdzenia zobowiązanego. Nie można zaakceptować sytuacji, kiedy np. podatnicy mieliby odpowiadać za błędy popełniane przez organy skarbowe w prawidłowym ustalaniu stanu zobowiązań podatkowych. Owszem, jest rolą organów administracyjnych czuwać nad prawidłowym wypełnianiem przez zobowiązanych swoich obowiązków publiczno-administracyjnych, w tym w zakresie uiszczania danin podatkowych. Organy powinny jednak podejmując określone działania zachować powściągliwość, zapewniając zobowiązanym możliwość należytej obrony swoich interesów. Odmienny pogląd prowadziłby przecież do naruszenia konstytucyjnych wartości, a to m.in. art. 2 Konstytucji RP⁹, wyrażającego zasadę demokratycznego państwa prawa i sprawiedliwości społecznej, które z kolei pozwalają na wywiedzenie dalszych wartości, jak m.in. zasady poszanowania wolności i praw jednostki¹⁰.

3. Niezgodność z prawem egzekucji w rozumieniu *sensu largo*

Opozycją dla poglądów wyrażających ściśle podejście do niezgodności z prawem wszczęcia lub prowadzenia egzekucji jako okoliczności uzasadniających zwrot zobowiązanemu pobranych kosztów egzekucyjnych, jest podejście sprowadzające się do następującego stwierdzenia, przyjętego przez SN: „Nieostateczna decyzja podatkowa może być podstawą wszczęcia i prowadzenia postępowania egzekucyjnego, co w wielu przypadkach warunkuje jego skuteczność, jednakże ryzyko nieprawidłowości tego postępowania nie może – w demokratycznym państwie prawnym – obciążać obywatela (lub innego podmiotu, wobec którego bezpodstawnie wszczęto egzekucję)”¹¹. Przywołane stanowisko SN jednoznacznie pokazuje, że osoba, wobec której wszczęto egzekucję, a w ostatecznym rozrachunku nie była zobowiązana, nie może ponosić ujemnych konsekwencji,

⁷ S. Babiarsz, B. Dauter, M. Niezgódka-Medek, *Koszty postępowania w sprawach administracyjnych i sądowno administracyjnych*, Warszawa 2009, s. 394–396.

⁸ W. Grześkiewicz, *Zasady obciążenia kosztami postępowania egzekucyjnego w administracji*, *Finanse komunalne* 4/2015, s. 32–33.

⁹ Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483.

¹⁰ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 17.

¹¹ Wyrok SN z dnia 08.05.1998 r., sygn. akt III RN 27/98, LEX nr 36376.

będących wynikiem zbyt pochopnych działań organu administracyjnego. Owszem, niekwestionowanym jest fakt, że nieostateczna decyzja zaopatrzona w rygor natychmiastowej wykonalności stanowi podstawę do wszczęcia postępowania egzekucyjnego, co wynika m.in. czy to z art. 108 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego¹² – zwanej dalej k.p.a., czy też z art. 239b ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa¹³ – zwanej dalej o.p. – w stosunku do zobowiązań *stricto* podatkowych. Jedną z przesłanek uzasadniających nadanie nieostatecznej decyzji podatkowej rygoru natychmiastowej wykonalności jest sytuacja, kiedy okres do upływu terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego jest krótszy niż 3 miesiące, co wynika z art. 239b § 1 ust. 4 o.p. Nie ulega wątpliwości, że podjęcie niezwłocznych działań egzekucyjnych w stosunku do potencjalnego zobowiązanego w sytuacji, kiedy istnieje zagrożenie przedawnienia zobowiązania podatkowego, leży w niewątpliwym interesie organu podatkowego, jednakże nie może to być dokonywane z dokonaniem nadużyć, bez jakiegokolwiek ochrony podmiotu obciążanego, mając na względzie, że nieostateczna decyzja, a tym bardziej nadany jej rygor, nie przesądzały przecież jeszcze o faktycznej odpowiedzialności podatkowej. Jak zauważył WSA w Gliwicach: „Niezależnie od tego, czy w sprawie występowały określone w art. 239b § 1 i 2 o.p. przesłanki rygoru natychmiastowej wykonalności czy też nie, okoliczność uchylenia w trybie odwoławczym decyzji winna skutkować uchyleniem postanowienia o nadaniu jej rygoru natychmiastowej wykonalności i umorzeniem postępowania przed organem I instancji (...)”¹⁴.

Biorąc pod uwagę wyrażone w powyższym wyroku stanowisko SN, wyłączające ryzyko obywatela, czy też innego podmiotu, za nieprawidłowości postępowania, wskazać należy również na poglądy orzecznicze, które w sposób jednoznaczny wskazują uchylenie decyzji, jako przesłankę niezgodności z prawem egzekucji. Jak przyjął bowiem WSA w Łodzi: „**Uchylenie nieostatecznej decyzji podatkowej, stanowiącej podstawę wszczęcia i prowadzenia egzekucji, wypełnia przesłankę niezgodności z prawem egzekucji. Nie jest uprawnione obciążenie strony kosztami wszczętego i prowadzonego postępowania egzekucyjnego w oparciu o decyzję nieostateczną, której co prawda nadano rygor natychmiastowej wykonalności, ale została ona uchylona w toku postępowania instancyjnego przez organ odwoławczy**”¹⁵. W podobny sposób wypowiedział się NSA, wskazując, że: „**Skoro w przypadku niezgodnego z prawem wszczęcia i prowadzenia egzekucji, co może być rezultatem, np. wad w samym tytule wykonawczym (art. 33 pkt 10 w zw. z art. 27 u.p.e.a.), mających często jedynie formalny charakter, istnieje wywodzony z art. 64c § 3 u.p.e.a. prawny nakaz nieobciążania zobowiązanego kosztami egzekucyjnymi, to tym bardziej nakaz taki powinien istnieć w przypadku uznania za niezgodny z prawem aktu administracyjnego, bo tylko taka mogła być przyczyna uchylenia decyzji organu pierwszej instancji przez organ odwoławczy, w wykonaniu którego to aktu prowadzona była egzekucja**”¹⁶.

¹² Tj. z dnia 04.12.2015 r. (Dz.U. 2016 poz. 23).

¹³ Tj. z dnia 17.01.2017 r. (Dz.U. 2017 poz. 201).

¹⁴ Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 26.07.2016 r., sygn. akt III SA/GI 400/16, LEX nr 2098729.

¹⁵ Wyrok WSA w Łodzi z dnia 13.07.2016 r., sygn. akt III SA/Łd 378/16, LEX nr 2106101.

¹⁶ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 27.04.2016 r., sygn. akt II FSK 527/14, LEX nr 2064874.

Dokonując analizy zasad postępowania egzekucyjnego w administracji, w tym również w zakresie ustalania kosztów i sposobu obciążania nimi, nie można pomijać ogólnych dyrektyw, którymi rządzi się szeroko rozumiane postępowanie administracyjne. Inne podejście skutkowałoby dysharmonią, co niewątpliwie stanowiłoby zagrożenie dla klarowności postępowań administracyjnych, biorąc pod uwagę nieskodyfikowany charakter prawa administracyjnego materialnego i mnogość różnorodnych ustaw, które niejednokrotnie zawierają swoje przepisy szczególne w zakresie procedury. Art. 18 u.p.e.a. stanowi wprost, że w przypadkach nieuregulowanych w ustawie stosuje się przepisy k.p.a. Przepisu tego nie należy rozumieć w sposób zwężający, a w taki, który zapewni kompatybilność procedury, a zatem k.p.a. winno mieć również zastosowanie w sytuacji, kiedy dana norma nasuwa wątpliwości interpretacyjne. Odpowiednie stosowanie k.p.a. nie może być z drugiej strony stosowane z nadużyciem i tak zgodzić się należy, że nie można przepisami k.p.a. zmieniać regulacji szczególnych przewidzianych już w u.p.e.a., ale z drugiej strony nie można ograniczać ich zastosowania tylko do sytuacji, gdzie brak regulacji w ogóle, ale również wtedy, kiedy dane zagadnienie nie jest uregulowane w sposób wyczerpujący¹⁷. Tymczasem dyspozycja wyrażona w art. 262 k.p.a. jednoznacznie wskazuje, że koszty postępowania egzekucyjnego obciążają stronę, jeżeli wynikły one z jej winy. Jak przyjmuje się w ugruntowanym orzecznictwie: „Ustawodawca nie może nakładać na stronę obowiązku w sposób dorozumiany. Zawsze musi to być zrobione w sposób jasny i jednoznaczny, bo obowiązków strony nie można domniemywać”¹⁸. Należy tutaj zwrócić również uwagę na kwestię charakteru winy. W doktrynie występują poglądy, iż może ona mieć zarówno postać umyślności, lekkomyślności, ale także niedbalstwa. Nie ulega jednak wątpliwości, że ustalanie winy strony powinno być oceniane przez pryzmat całego toku postępowania, nie ograniczając się przy tym jedynie do kwestii formalnych postępowania¹⁹. Przekładając treść art. 262 k.p.a. na grunt u.p.e.a., należy jednoznacznie stwierdzić, że nie sposób przypisać winę zobowiązanemu w sytuacji, kiedy nieostateczna decyzja obciążająca zostanie następnie uchylona, a postępowanie umorzone. Niezależnie od tego, czy oceniając konsekwencje uchylenia decyzji administracyjnej, przyjmie się, że nie ma ona skutku *ex tunc*, a jedynie *ex nunc*, to pomijając charakter formalnoprawny, liczy się sam obiektywny skutek, który przy zastosowaniu zasad logicznego rozumowania jest jednoznaczny. Skoro decyzja została uchylona jako zawierająca nieprawidłowe rozstrzygnięcie, niezgodne ze stanem faktycznym, to trudno mówić w tym zakresie o faktycznej winie zobowiązanego. Wynikiem takiej błędnej decyzji, która na skutek weryfikacji organu drugo instancyjnego została uchylona, były przecież błędne ustalenia organu, który ją wydał.

¹⁷ *Ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Komentarz*, D.R. Kijowski (red.), E. Cisowska-Sakrajda., M. Faryna, W. Grześkiewicz, C. Kulesza, W. Łuczaj, P. Pietrasz, J. Radwanowicz-Wanczewska, P. Starzyński, R. Suwaj, Warszawa 2016, s. 295.

¹⁸ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 15.06.2011 r., sygn. akt I OSK 1618/10, LEX nr 1082665.

¹⁹ M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz.U.00.98.1071), Warszawa 2016, s. 1084.

4. Rozkład ciężaru kosztów egzekucyjnych

Ostatnią kwestią, która jawi się na tle regulacji art. 64c § 3 u.p.e.a., jest ustalenie podmiotu odpowiedzialnego za koszty egzekucyjne w przypadku uznania, że wszczęcie i prowadzenie egzekucji było niezgodne z prawem. Rozróżnić należy dwie sytuacje, z jednej strony, kiedy niezgodność z prawem jest wynikiem uchybień po stronie organu, z drugiej strony, kiedy odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wierzyciel. Niniejsze rozróżnienie nie ma znaczenia w sytuacji, kiedy organ wydający decyzję jest jednocześnie wierzycielem. Wówczas niezgodność z prawem egzekucji, będzie *de facto* w każdym przypadku obciążała organ, jako jedynego wierzyciela. Co istotne, jeżeli należność z tytułu kosztów egzekucyjnych została już od zobowiązanego pobrana, a następnie okaże się, że postępowanie było prowadzone w sposób niezgodny z prawem, to wówczas należności te, wraz z naliczonymi odsetkami ustawowymi, organ egzekucyjny zwraca zobowiązanemu, chyba, że za niezgodność z prawem odpowiedzialny jest wierzyciel niebędący jednocześnie organem, to wtedy on zobowiązany jest do zwrotu na rzecz zobowiązanego. Dodatkowo trzeba także podkreślić, że wierzyciel będący odrębnym od organu egzekucyjnego inicjatorem postępowania, nie pokrywa kosztów w trakcie prowadzenia postępowania, ale pokrywa koszty postępowania egzekucyjnego po jego zakończeniu²⁰. Jeżeli z kolei organ egzekucyjny zwraca zobowiązanemu wyegzekwowaną kwotę wraz z kosztami egzekucyjnymi, uzupełnionymi o należne oprocentowanie oraz odsetki ustawowe, to w sytuacji, kiedy za niezgodne z prawem wszczęcie egzekucji odpowiada wierzyciel, on też zostaje tymi kosztami obciążony²¹. Konstrukcja art. 64c § 3 u.p.e.a. pozwala zatem wyodrębnić różne konfiguracje rozkładu obciążenia kosztami egzekucyjnymi, w zależności od podmiotu inicjującego postępowanie egzekucyjne i stopnia zaawansowania prowadzonej egzekucji.

W praktyce zdarzają się również sytuacje, kiedy wierzyciel pokrywa całe koszty postępowania egzekucyjnego, a nie tylko wydatki wynikające z przekazanego przedmiotu, czy wierzytelności pieniężnej²². Taki obowiązek znajduje z kolei swoją podstawę w treści art. 64c § 4 u.p.e.a., zgodnie z którym wierzyciel pokrywa koszty egzekucyjne, jeżeli nie mogą być one ściągnięte od zobowiązanego. Konieczność ta niejednokrotnie związana jest ze zubożeniem zobowiązanego w trakcie postępowania egzekucyjnego, które będzie miało jednak taki stopień, że uniemożliwione zostanie skuteczne wyegzekwowanie kosztów egzekucyjnych. Podobnie będzie w sytuacji, kiedy co prawda egzekucja byłaby potencjalnie skuteczna, tj. zobowiązany będzie posiadał środki umożliwiające na ściągnięcie wymaganych należności, jednakże wierzyciel dobrowolnie odstąpi od egzekucji, składając wniosek o jej umorzenie²³. Nie ulega wątpliwości, że wówczas zastosowanie rygору z art. 64c § 4 u.p.e.a. wydaje się być jak najbardziej uzasadnione.

²⁰ W. Grześkiewicz, *op.cit.*, s. 31.

²¹ *Ibidem*, s. 32.

²² *Postępowanie egzekucyjne...*, s. 336.

²³ P.M. Przybyś, *Postępowanie egzekucyjne w administracji. Komentarz*, Warszawa 2015 s. 305.

Generalnie rzecz ujmując, biorąc pod uwagę wypracowaną linię orzeczniczą, powyższy przepis będzie miał zastosowanie nie tylko do przypadków uprzednio wskazanych, ale zawsze, gdy przyczyny niemożności ściągnięcia kosztów od zobowiązanego, będą miały charakter bądź to formalny, bądź prawny. Jak jednoznacznie uznał NSA: „Zwrot normatywny «nie mogą być one ściągnięte» należy rozumieć jako nieściągnięte w ogóle, z przyczyn faktycznych czy prawnych. Ponieważ ustawodawca nie precyzuje przyczyn niemożności ściągnięcia kosztów od zobowiązanego, przyjmuje się, że art. 64c § 4 u.p.e.a. znajduje zastosowanie nie tylko wtedy, gdy w trakcie prowadzonego postępowania egzekucyjnego nastąpi takie zubożenie zobowiązanego, że nie będzie on w stanie pokryć kosztów egzekucyjnych lub gdy wyegzekwowanie kosztów egzekucyjnych wiązałoby się z poniesieniem przewyższających je wydatków egzekucyjnych, ale także i wówczas, gdy ściągnięcie tych kosztów byłoby niemożliwe z innych przyczyn faktycznych lub prawnych”²⁴.

5. Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, że regulacja zasad obciążania kosztami administracyjnego postępowania egzekucyjnego, choć na pierwszy rzut oka wydawałaby się nie nastroczać większych problemów interpretacyjnych, to w przełożeniu na praktykę i interes obciążanego obywatela, czy też innych osób występujących w obrocie (w tym osób prawnych, „ułamnych” osób prawnych), to rzeczywistość okazuje się jednak zupełnie inna. Przywołane powyżej poglądy judykatury prezentują niejednokrotnie zupełnie przeciwstawne i skrajne stanowiska, odnoszące się do tożsamego stanu rzeczy. Stwierdzić należy przy tym stanowczo, że dla wydającego decyzję organu podatkowego, korzystniejszym rozwiązaniem pozostaje przyjęcie, że uchylenie decyzji nieostatecznej, na podstawie której egzekucja została wszczęta, nie stanowi o jej niezgodności z prawem. Z kolei z punktu widzenia zobowiązanego, który został obciążony, a na skutek uchylenia decyzji ostatecznie zobowiązanym wcale nie był, jedynym słusznym stanowiskiem będzie szersze rozumienie pojęcia niezgodności z prawem, zabezpieczającego z kolei jego interes. Na chwilę obecną brak jednak w tymże zakresie jednoznacznego rozstrzygnięcia, które przeważałoby w sposób zdecydowany szalę w którymkolwiek kierunku. Bogate i przy tym różnorodne orzecznictwo niewątpliwie pokazuje skalę problemu.

Bojkot zaczyna się natomiast już w chwili uchylenia decyzji administracyjnej, w oparciu o którą prowadzona była egzekucja i zwrotu pobranych należności, bez uwzględnienia pobranych kosztów postępowania egzekucyjnego. Co istotne, zwrot kosztów następuje na wniosek, jednakże mając na względzie prezentowane niejednokrotnie przez organy podatkowe stanowisko, prawdopodobnym jest, iż może ona spotkać się z odmową. Dopiero od racjonalnego podejścia sądu uzależnione jest ostateczne rozstrzygnięcie. Jak zostało już podniesione, uzasadnienia dla nie obciążania zobowiązanego kosztami egzekucji, która *de facto* nie powinna być prowadzona, należy poszukiwać jeżeli nie w samej u.p.e.a., to w ogólnych dyrektywach wynikających z k.p.a., które powinno stosować się odpowiednio, a także w naczelnych zasadach

²⁴ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 24.04.2014 r., sygn. akt II FSK 3267/13, LEX nr 1481559.

sprawiedliwościowych, wynikających przecież jednoznacznie z Konstytucji RP. Ostatecznie trzeba zauważyć, że nie jest konieczna wnikliwa analiza, aby uznać obciążanie kosztami egzekucyjnymi osoby niebędącej faktycznie zobowiązaną za sprzeczne z poczuciem społecznej sprawiedliwości.

Aby zakończyć trwający spór interpretacyjny, niewątpliwie pożądane jest wydanie uchwały przez NSA, która ujednoliciłaby linię orzeczniczą. Wreszcie poddać należy pod wątpliwość w ogóle samą treść art. 64c § 3 u.p.e.a., co do jej zgodności z Konstytucją RP.

Nie ulega zatem wątpliwości, że problem istnieje i wymaga on pilnego rozstrzygnięcia, aby ochronić przeciętnego obywatela przed nadużyciami ze strony organów podatkowych, które próbują obecnie dostosować nie do końca klarowny stan prawny do interesu publicznego, z pominięciem indywidualnego interesu jednostki, który powinien być nadrzędną wartością.

* * *

Non-Compliance with the Law of Enforcement and the Liability of the Oblige for Enforcement Costs in the Light of the Act of 17 June 1966 on Enforcement Proceedings in Administration

Any proceedings in relation to the entity, including administrative enforcement proceedings should always be initiated on a fully fledged basis. You can not accept a situation where unreasonably initiated execution will give birth to negative consequences for the entity, in relation to which it was conducted. Laws should be constructed in such a way as to maintain a balance between the public interest and the interests of the individual. Interpretation of legal norms may not lead to abuses, which will result in detriment of the individual. If so, the interpretation of the content of the classified in the law on enforcement proceedings in administration, and in particular article 64c § 3 of this law, it can not be carried out without the chief legal principles, which aim to maintain harmony in the existing legal order.

Key words: enforcement, costs, social justice, the tax authority

Igor Adamczyk¹

Pozorna równość? *Ambiguitas contra stipulatorem*

Streszczenie:

Zamierzeniem autora tego artykułu jest przedstawienie genezy zasady prawa cywilnego *in dubio contra proferentem*. Jej źródła należy poszukiwać w klasycznym prawie rzymskim. Juryści, począwszy od Celsusa, uznawali, że w razie niejasnych postanowień stypulacji, wątpliwości należało rozstrzygać na korzyść promissora. To myślenie o polepszaniu sytuacji prawnej osoby niemającej wpływu na treść kontraktu rozszerzano na kontrakty *locatio conductio* czy *emptio venditio*.

Zasada ta weszła na stałe do doktryny prawa w okresie obowiązywania *ius commune*, dzięki czemu przenikała do kodeksów znajdujących się pod wpływem prawa natury – ABGB oraz CC. W początkach XX wieku nie została ujęta w kodyfikacjach np. w BGB. W opinii nauki niemieckiej, a w konsekwencji również polskiej, określano zasadę *in dubio contra proferentem* jako czysto interpretacyjną, która nie powinna znajdować się w kodeksie. Praktyka prawa pokazała, że prawo powinno regulować zakres jej zastosowania.

Autor pragnie również wskazać, na ile źródła rzymskie odpowiadają na pytania zadawane przez współczesną naukę prawa.

Słowa kluczowe: prawo cywilne, prawo rzymskie, prawo zobowiązań, ABGB, BGB, CC, KZ, KC, reguła interpretacyjna, niejednoznaczne postanowienia umowne, Unklarheitenregel

1. Dlaczego pojawia się ochrona strony słabszej?

Od czasów klasycznego prawa rzymskiego zasada *ambiguitas contra stipulatorem* jest obecna w europejskiej tradycji prawnej. Współcześnie określa się ją interpretacją przeciwko oświadczającemu, co jest pokłosiem działalności glosatorów. Wydaje się być zasadą oczywistą i powszechnie stosowaną w systemach prawnych, a mającą za zadanie chronić stronę słabszą stosunku umownego, w szczególności konsumenta. Jaki był cel

¹ Autor jest studentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

i geneza jej wyprowadzenia przez rzymskich jurystów? A także jak rozwijała się ona przez stulecia oraz jaką formę przyjęła obecnie? Znalezieniu odpowiedzi na powyższe pytania służy przeprowadzona poniżej analiza.

2. Rzymskie myślenie o ochronie strony słabszej

Rozpatrując źródła rzymskie należy odnieść się do słów Ulpiana, który uznał, że wszelkie postanowienia czynności prawnej budzące wątpliwość lub powodujące niejasności powinny poprzez ich wykładnię wywierać efekt, a nie pozostawać martwymi: *Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur in tuto sit*². Istniała więc potrzeba, by rozstrzygać sformułowania niejasne w stypulacji. Zainteresowanie jurystów stypulacją było spowodowane jej powszechnością i szerokim zastosowaniem³. Zachowane są dwie definicje Celsusa: *Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est*⁴ oraz Ulpiana: *In stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt*⁵. Dlaczego w obu wypadkach rozstrzygano na korzyść promissora, czyli osoby, która odpowiadała na pytanie zadawane przez stypulatora? Wynika to z samej konstrukcji stypulacji. Był to kontrakt ustny *stricti iuris*, na podstawie którego, dzięki *actio ex stipulato*, wierzyciel mógł żądać spełnienia świadczenia przez zapłatę jedynie oznaczonej sumy pieniężnej, w przeciwieństwie do kontraktów opartych na zasadzie dobrej wiary, gdzie oszacowanie należnego świadczenia leżało w dużym stopniu w kompetencji sędziego⁶. Zawarcie stypulacji opierało się zasadniczo na dwóch etapach. Pierwszy polegał na sformułowaniu i zadaniu pytania przez stypulatora, który zarazem zawsze był wierzycielem. Skoro to on konstruował to pytanie, a przez to treść powstającego w efekcie przyrzeczenia, mógł je określić bardziej precyzyjnie albo nadać mu szersze znaczenie tak, by później nie budziło ono wątpliwości. Do tego odnosi się fragment tekstu Celsusa w księdze 38 Digestów: *ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere*⁷. Słuszność wymagała więc, by nie pogarszać sytuacji osoby, która nie miała wpływu na sformułowanie treści kontraktu. Należy również przy tym wskazać, iż stypulacja, jako kontrakt ustny, nie musiała być stwierdzana żadnym dokumentem. Dopiero na początku III w. po Chr., na skutek praktyki coraz częstszego potwierdzenia zawarcia kontraktu stypulacji za pomocą pisma, cesarze Septymiusz Sewer i Karakalla przyjęli w konstytucji, że istniejący dokument stanowi podstawę domniemania zawarcia stypulacji w formie ustnej⁸.

² D.45.1.80 Ulp. *libro 74 ad edictum*.

³ R. Zimmermann, *Law of Obligations*, Cape Town-Weton-Johannesburg 1992, s. 639.

⁴ D. 34.5.26 Cel. *libro 26 digestorum*.

⁵ D. 45.1.38.18 Ulp. *libro 49 ad Sabinum*.

⁶ W. Dajczak [w:] W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2014, s. 497–501.

⁷ D. 45.1.99 Cel. *libro 38 digestorum*.

⁸ C. 8.37.1: *Imperatores Severus, Antoninus. Licet epistulae, quam libello inseruisti, additum non sit stipulatum esse eum cui cavebatur, tamen si res inter praesentes gesta est, credendum est praecedente*

Oprócz odniesień omawianej reguły do stypulacji, prawnicy rzymscy podobne rozwiązania proponowali przy kontraktach *emptio venditio*, czy *locatio conductio*. Przekaz o tym można wskazać w tekście Paulusa: *Labeo scripsit obscuritatem pacti nocere potius debere venditori qui id dixerit quam emptori, quia potuit re integra apertius dicere*⁹. Znow pojawia się stwierdzenie, że sformułowania niejasne obciążają sprzedawcę. Mógł on przecież jaśniej, szerzej sformułować przedmiot i warunki umowy. Zdanie przytaczane przez Paulusa oznaczałoby również, że tego typu interpretacja znana była już w początkach okresu klasycznego prawa rzymskiego, o czym świadczy przypisywanie tych słów Labeonowi¹⁰. Może ona potwierdzić wcześniejszą wypowiedź Papiniana dotyczącą tego samego zagadnienia, który przekazał następującą myśl: *Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguum venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere*¹¹. Za odesłanie do okresów nawet wcześniejszych niż prawo klasyczne przemawia użycie określenia *veteres*, przez które juryści prawa klasycznego oznaczali swoich przedklasycznych, republikańskich poprzedników¹². Z obu tekstów wynika jasno, że negatywne skutki niejednoznacznego sformułowania postanowień w obu kontraktach odpowiadał, bądź to sprzedawca, bądź to wynajmujący, czyli z reguły ta strona, która określa sposób korzystania ze swojej rzeczy w ramach stosunku najmu, czy jako sprzedawca proponowała konkretną ofertę.

Czy zasada, przyjmując ogólnie, *ambiguitas contra stipulatorem* była stosowana w każdej sytuacji, odnoszącej się do wskazanych typów kontraktów? Na to pytanie może odpowiedzieć fragment z Digestów autorstwa Pomponiusza z księgi 33 komentarza *ad sabinum*: *primum spectari oportet, quid acti sit: si non id appareat, tunc id accipitur quod venditori nocet: ambigua enim oratio est*¹³. Najpierw należało zbadać rzeczywiste intencje stron oraz odnieść się do danego typu stosunku zobowiązaniowego. Jeśli nie można było ustalić zamierzeń stron na podstawie reguły *id quod actum est*, stosowano interpretację wrogą sprzedającemu (wynajmującemu, stypulatorowi). Przykładem może być fragment tekstu Ulpiana z 50 księgi komentarza *ad Sabinum*: *Si autem non appareat, dicendum est quod Sabinus, primas kalendas ianuarias spectandas. Plane si ipsa die kalendarum quis stipulationem interponat, quid sequemur? Et puto actum videri de sequentibus kalendis*¹⁴. Jeśli zawarto kontrakt stypulacji na krótko przed kalendami styczniowymi, a termin zwrotu pieniędzy wyznaczono na kalendy styczniowe, należało przyjąć, że stypulator miał na myśli dopiero te w przyszłym roku¹⁵. Z powyższych rozważań można wnioskować, że zasada *ambiguitas contra stipulatorem* miała charakter subsydiarny. Przemawia za tym również przywoływanie w źródłach reguły *id quod*

stipulatione vocem spondentis secutam. * SEV. ET ANT. AA. SECUNDO. * <A 200 ACCEPTA XVII K. MAI. SEVERO III ET VICTORINO CONSS.>.

⁹ D.18.1.21 Paul. *libro quinto ad Sabinum*.

¹⁰ H. Honsell, *Römisches Recht*, Berlin-Heidelberg 2010, s. 27.

¹¹ D. 2.14.39 Pap. *libro quinto quaestionum*.

¹² M. Kaser, *Römisches Privatrecht, Bd.1*, München 1955, s. 168.

¹³ D.18.1.33 Pomp. *libro 33 ad Sabinum*.

¹⁴ D.45.1.41.pr. Ulp. *libro 50 ad Sabinum*.

¹⁵ W.W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1921, s. 411.

actum est. W pierwszej kolejności decyduje ustalona treść czynności prawnej, zgodna z wolą stron. Jeśli nie można jej dekodować, należy zastosować powyższą regułę interpretacyjną. Taki charakter, co należy podnieść, reguła ta utrzymała aż do czasów współczesnych, na co wskazuje także polska nauka prawa¹⁶.

Mimo przytoczenia dwóch ostatnich przykładów, które trafiły pod rozważę jurystów, większość refleksji na temat zasady *ambiguitas contra stipulatorem* miała charakter teoretyczny. Najczęściej przytaczane źródło odnoszące się do prawdziwego stanu faktycznego, to fragment autorstwa Pomponiusza: *Cum in lege venditionis ita sit scriptum: „flumina stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint”, nec additur, quae flumina vel stillicidia, primum spectari oportet, quid acti sit: si non id appareat, tunc id accipitur quod venditori nocet: ambigua enim oratio est*¹⁷. W kontrakcie sprzedaży napisano, że nie należy zmieniać biegu wód i deszczówki. Nie określono, którego biegu nie należy zmieniać. Zgodnie zasadą, ponieważ to sprzedawca przedstawia założenia przyszłego stosunku prawnego (*lex venditionis*), należy zatem przyjąć, że są to te, które w mniejszym stopniu szkodzą kupującego, a bardziej obciążają sprzedawcę.

Dlaczego więc jurysci rzymscy nie zostawili zbyt wielu opisów przypadków rzeczywistych, a rozważają jedynie *in abstracto*? Przekonujące wydaje się być rozwiązanie zaproponowane przez Heinricha Honsella. Zasada *ambiguitas contra stipulatorem* miałaby swoje korzenie w zwyczajach religijnych. Każda wątpliwość lub niejasność musiała być wyeliminowana, np. w sytuacji, gdy ktoś nie chciał ryzykować związania przez bogów przyrzeczeniem, którego wykonanie, ze względu na swoje niejasności, byłoby dla nich korzystne, a zarazem trudne do wypełnienia przez wyznawcę. Ze sfery sakralnej miałaby ona przejść do obrotu prawnego. Podobna zasada była bowiem stosowana w archaicznym prawie prywatnym¹⁸. Stan ten utrzymał się do końca republiki, gdy ważniejszym elementem wykładni stosunków prawnych stała się rzeczywista wola stron – *id quod actum est*, a nie wyłącznie zewnętrzne wrażenie wywołane przez użyte słowa¹⁹.

Czy zasada *ambiguitas contra stipulatorem* rzeczywiście mogła neutralizować nierówność między podmiotami stosunku zobowiązaniowego? Analizując dostępne źródła rzymskie można dojść do wniosku, że istotnie miała takie skutki. Jej zastosowanie łączy się przede wszystkim ze stypulacją. Był to kontrakt ustny, w którym treść w zasadzie zależała jedynie od stypulatora. Jeśli w zadanym pytaniu brakowało doprecyzowania pewnej kwestii, to mimo to w odpowiedzi promissor nie mógł nic dodać, jeśli wskazana czynność miała wywoływać skutki prawne. Należało bowiem na pytanie odpowiedzieć dokładnie takimi samymi słowami, jakimi je zadano. Może zostać podniesiony zarzut, że osoba taka mogła nie odpowiadać i żądać zmian w treści stypulacji. Z drugiej strony na szczegóły nie zawsze zwraca się uwagę w chwili zawierania kontraktu, a skoro treść wynikała ze słów wypowiedzianych w odpowiedzi przez stypulatora, wydaje

¹⁶ Z. Radwański, *Wykładnia oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1992, s. 135.

¹⁷ D.18.1.33 Pomp. *libro 33 ad Sabinum*.

¹⁸ H. Honsell, *Römisches Recht...*, s. 26.

¹⁹ R. Zimmermann, *Law of Obligations...*, s. 640; Ch. Krampe, *Die Unklarheitenregel*, Berlin 1983, s. 13–14.

się słusznym, aby wątpliwość rozstrzygnąć na rzecz słabszej strony, pod względem prawnym jak i ekonomicznym, co odpowiada też zasadzie *favor debitoris*²⁰. Zasada *ambiguitas contra stipulatorem* była stosowana jednakże tylko w sytuacjach, gdy inne sposoby interpretacji stosunku zobowiązaniowego zawodziły, a przede wszystkim, gdy odtworzenie rzeczywistej woli stron było niemożliwe. Zastanawiające jest natomiast dopuszczenie analogicznej zasady w kontraktach *locatio conductio i emptio venditio*. Są one kontraktami konsensualnymi, do ich zawarcia dochodziło w momencie osiągnięcia porozumienia przez obie strony. W tym wypadku wydawać by się mogło, że każdy z kontrahentów posiadał możliwość wpływania na treść kontraktu. Mimo to juryści rzymscy wcześniej, bo już w początkach okresu klasycznego, rozpoznawali zasadę *ambiguitas contra stipulatorem* właśnie w odniesieniu do kontraktów sprzedaży i najmu (lub zasadniej *locatio conductio* – ze względu na złożoność tego typu zobowiązania, pod które oprócz współczesnej umowy najmu należy zakwalifikować także umowę o dzieło czy świadczenie usług)²¹. Reinhard Zimmermann uzasadnia to tym, że treść kontraktu sprzedaży była opracowywany przez sprzedawcę, a najmu przez wynajmującego – *lex venditionis, lex locationis*²².

Rzymianie nie stosowali reguły *ambiguitas contra stipulatorem* bezwarunkowo jedynie na korzyść promissora, na co może wskazywać fragment z 38 księgi digestów Celsusa: *Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intellegendum est: ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere. Nec rursum promissor ferendus est, si eius intererit de certis potius vasis forte aut hominibus actum*²³. Szczególnie intrygujące jest zdanie zaczynające się od słowa *nec*. Ostatnie zdanie wskazuje, że istniały przypadki, gdy należało zastosować wyjątkowo interpretację *contra promissorem*. Problemem jest określenie naczyn, których dotyczyła stypulacja. Należy odnieść się do ogólnej reguły *id quod actum est* – co strony miały na myśli? Nieuzyskanie odpowiedzi poprzez przeprowadzenie wykładni oświadczeń woli, zgodnie z subsydiarną zasadą *ambiguitas contra stipulatorem*, przemawiałoby za przyjęciem wariantu bardziej korzystnego dla promissora. Jurysta zauważa jednak w tym przypadku potrzebę odejścia od omawianej zasady. Jesliby ustalono, że świadczenie konkretnych naczyn bardziej by odpowiadało w niektórych sytuacjach interesowi promissora, należało zrezygnować z zastosowania zasady *ambiguitas contra stipulatorem*. Załóżmy, że dłużnik (promissor) ma świadczyć wazy oznaczone co do tożsamości. Następnie skutek okoliczności niezależnych od promissora (np. pożar – siła wyższa) dochodzi do zniszczenia przedmiotów. Ponieważ jest to niemożność następcza niezawiniona dłużnik stawałby się wolny przez wygaśnięcie zobowiązania. W jego interesie jest zatem, aby wskazywać na przedmioty konkretne. Należy jednak pamiętać, że omawiana reguła jest dyrektywą interpretacyjną a nie normą bezwzględnie wiążącą. Pod uwagę należy również brać pewność obrotu

²⁰ D. 50.17.42 Gai. *libro nono ad edictum provinciale*.

²¹ W. Dajczak [w:] W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, *Prawo rzymskie...*, s. 524.

²² R. Zimmermann, *Law of Obligations...*, s. 639.

²³ D.45.1.99.pr. Cel. *libro 38 digestorum*; fragment powyższego tekstu już został przytoczony w kontekście obowiązku odpowiedniego, szerokiego wysłownienia się przez pytającego.

i rzymskie utrzymywanie czynności prawnych w mocy. Celsus nie wykluczał więc przyjęcia, że idzie o nieokreślone naczynia²⁴.

3. *Ambiguitas contra stipulatorem* w określenie recepcji prawa rzymskiego

Sposób myślenia Rzymian zdeterminował spojrzenie na tę zasadę przez następnych 1800 lat. Trzeba pamiętać, że w 472 r. cesarz Leon wprowadził dowolność w formułowaniu stypulacji, jedynym ograniczeniem był zakaz sprzeczności takiej umowy z prawem i dobrymi obyczajami. W efekcie zanika formalizm stypulacji, każda właściwie umowa pisemna staje się stypulacją²⁵. Odejście od ustności stypulacji nikogo w końcu V wieku nie dziwiło. Jak to zostało wskazane powyżej, praktyka zawierania stypulacji w formie ustnej, przede wszystkim ze względu na coraz większe wpływy greckie, istniała już w okresie klasycznym prawa rzymskiego. Forma pisemna pełniła często funkcję dowodu jako potwierdzenie zawarcia stypulacji w formie ustnej²⁶.

Konstytucja cesarza Leona miała wpływ na wypracowanie przez glosatorów szerszej zakresowo, wywodzącej się z zasady *ambiguitas contra stipulatorem* reguły *in dubio contra proferentem*. Jest to w zasadzie ujednolicenie zasad *ambiguitas contra stipulatorem*, *venditorem locatorem* w jedną. Nowa reguła ogólnie określa, że w razie wątpliwości należy rozstrzygać przeciwko oświadczającemu. Istnieją w nauce spory co do autorstwa *in dubio contra proferentem*. Najczęściej jest ono przypisywane Akursjuszowi²⁷. Jednak pierwszych jej śladów należy szukać w pracach Joannesa Bassianusa, glosatora z II poł. XII wieku. Pojawia się wtedy zdanie: *quod actum-ut magis valeat quam pereat-quod verisimillius-contra proferentem*²⁸. Zasady, które obecnie pojawiają się w europejskich systemach prawnych, są kalkami glosatorskiej formuły *in dubio contra proferentem*. W komentarzu do fragmentu z dzieł Papiniana D.2.14.39 Bartolus de Saxoferrato sformułował następującą zasadę: *Ambigua conventio interpretatur contra eum, pro quo proferetur*²⁹. Dwuznaczne uzgodnienia należy rozstrzygać przeciwko temu, w czyim interesie zostały zawarte. W średniowiecznym *ius commune*, zasada *in dubio contra proferentem* przestała pełnić funkcję subsydiarną, stając się generalną maksymą interpretacyjną³⁰. Obecnie ponownie podkreśla się jej pomocniczy charakter – powrót tej koncepcji właściwie jest do zauważenia od przełomu XVIII i XIX wieku i w pierwszych kodyfikacji prawa cywilnego.

²⁴ Ch. Krampe, *Die Celsinische Auslegungsregel <ambiguitas contra stipulatorem est>* [w:] *Règle et pratique du droit. Dans les Réalités juridiques de l'antiquité*, red. I. Piro, Rubbettino 1999, s. 392-393.

²⁵ C. 8.37.10 Imperator Leo, Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suam habeant firmitatem.

* LEO A. ERYTHRIO PP. * <A 472 D. K. IAN. CONSTANTINOPOLI MARCIANO CONS.>.

²⁶ Por. przypis nr 7.

²⁷ Z. Radwański, *Wykładnia oświadczeń...*, s. 128.

²⁸ H.E. Troje, *Ambiguitas contra stipulatorem*, *Studia et documenta historiae et iuris* (SDHI) 27, 1961, s. 99.

²⁹ Bartolus de Saxoferrato, *In primam Digesti veteris partem Commentaria*, Turyn 1574, s. 90.

³⁰ R. Zimmermann, *Law of Obligations...*, s. 634.

W kodyfikacjach prawa natury przywrócono rzymskie spojrzenie na zasadę *ambiguitas contra stipulatorem*, w tym jej subsydiarny charakter. W pruskim ALR poświęcono jej 4 paragrafy, od § 266 – § 269. Można wyróżnić w nich dwa podtypy. Pierwszy to interpretacja przeciwko stronie, która umieściła dwuznaczne określenia w swoim interesie (nasuwa się analogia co do niedozwolonych postanowień umownych – art. 385¹ k.c.). Drugi to wykładnia korzystna dla zobowiązanego, która zakłada, że dłużnik jest zobowiązany do świadczenia mniej, niż więcej (przykład na zastosowanie zasady *favor debitoris*)³¹.

W podobnym tonie wypowiada się austriackie ABGB. Paragraf 915 zawiera analogiczne sformułowania jak w ALR § 268. *Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die, schwerere Last auflegen wollte...* (zd. 1 § 915 ABGB). Austriacka doktryna odnosi zdanie pierwsze do umów jednostronnie zobowiązujących i czynności nieodpłatnych. Aby zastosować tę zasadę trzeba stwierdzić nieodpłatność czynności. Do czynności dwustronnie zobowiązujących zastosowanie ma zdanie 2: *bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat* (§ 869). Niejednoznaczne sformułowania należy wtedy rozstrzygać na niekorzyść strony, która posłużyła się takim określeniem. Podobne zastosowanie ma zdanie drugie § 915 dla AGB (ogólne warunki umów)³². W obu przypadkach § 915 ma charakter subsydiarny.

Z kolei w Kodeksie Napoleona można odnaleźć następujące dwa artykuły: 1162 i 1602. Art. 1162: *Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation*. Doktryna francuska twierdzi, że na podstawie tego artykułu należy rozstrzygać wszelkie wątpliwości na rzecz dłużnika. Jest ona jedynie wytyczną interpretacyjną, niemającą charakteru normy prawnej. Podobną treść ma art. 1602, który odnosi się do kontraktu sprzedaży. *Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur*³³.

Inaczej do zasady *in dubio contra proferentem* podeszło niemieckie BGB. Zamyśleniem twórców BGB było niezawieranie w kodeksie reguł interpretacyjnych³⁴. Mimo to, ze względu na potrzeby obrotu prawnego po II wojnie światowej, sądy powszechnie, mimo braku odpowiednich norm prawnych, zaczęły stosować zasadę *in dubio contra proferentem*. Dotyczyło to przede wszystkim kontroli i interpretacji ogólnych warunków

³¹ I 5 PrALR §266–269: §. 266. Kann ein Vertrag nach vorstehenden Regeln nicht erklärt werden, so ist derselbe gegen den auszulegen, der in seiner Willensäußerung zweydeutiger eines verschiedenen Sinnes fähiger Ausdrücke sich bedient hat.

§. 267. Besonders ist die Auslegung gegen den zu machen, welcher ungewöhnliche Vortheile begehrt, die in Verträgen dieser Art nicht eingeräumt zu werden pflegen.

§. 268. Wenn alle übrige Auslegungsregeln nicht zutreffen, so muß die zweifelhafte Stelle so erklärt werden, wie es dem Verpflichteten am wenigsten lästig ist.

§. 269. Bloß wohlthätige Verträge sind, im zweifelhaften Falle, allemal zur Erleichterung des Verpflichteten auszudeuten.

³² R. Bollenberger [w:] *Kurzkomentar zum ABGB*, red. H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger, Wien 2010, s. 907–908.

³³ Z. Radwański, *Wykładnia oświadczeń...*, s. 128–129.

³⁴ *Ibidem*, s. 130.

umów, czego skutkiem było uwzględnienie tej zasady w AGB-Gesetz z 1977 roku³⁵. W doktrynie niemieckiej zasada ta nazywana jest *die Unklarheitenregel*. Wskazywał ją § 5 tejże ustawy: *Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders*. W 2002 roku, wraz z nowelizacją niemieckiego prawa zobowiązań AGB-Gesetz, zostało derogowane, a wszelkie reguły chroniące konsumenta zamieszczono w BGB – w § 305c ust. 2, który jest w zasadzie dokładnym powtórzeniem swojego poprzednika, czyli § 5: *Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders*.

Tak jak w prawie rzymskim, niemiecka *Unklarheitenregel* znajduje zastosowanie subsydiarnie. W pierwszej kolejności należy bowiem ocenić brzmienie danej klauzuli wzorca wg kryteriów obiektywnych, oderwanych od konkretnych sytuacji. Przyjmuje się znaczenie słów ogólnie przyjęte (potoczne). Jeżeli słowa określające pewien stan prawny mają odmienne znaczenie powszechne i prawne, to przyznaje się pierwszeństwo znaczeniu potocznemu, chyba że słowo ma swoje zdefiniowanie w akcie ustawowym³⁶. Reguła wyjaśnienia niejasności – *Die Unklarheitenregel* – znajduje zastosowanie, gdy metoda obiektywna nie zdaje swej roli. Sama wykładnia na niekorzyść posługującego się wzorcem nie rozstrzyga jeszcze o skuteczności samej klauzuli umownej. Może bowiem się zdarzyć, że postanowienie umowne będzie na tyle sprzeczne z prawem, by uznać je na podstawie § 307 – § 309, w ramach kontroli treści wzorca, za sprzeczne z prawem. Z drugiej strony arbitralne stwierdzenie nieważności danego postanowienia umownego mogłoby spowodować paradoksalnie poprawę sytuacji posługującego się wzorcem, ponieważ uniknąłby negatywnych skutków interpretacji klauzul przeciwko niemu. Jeżeli interpretacja *contra proferentem* możliwa jest w kilku wariantach, należy przyjąć ten wariant, który w największym stopniu premiuje kontrahenta³⁷.

Co ciekawe, na marginesie rozważań należy podać, że opisywana zasada funkcjonuje również w *common law*. Znane są przykłady już z XV wieku. Podkreśla się jej subsydiarny charakter. Obecność zasady potwierdza wypowiedź lorda Francisca Bacona z początków XVII wieku. Rozróżniane są dwa typy niejasności: *There bee two sorts of ambiguities of words, the one is Ambiguitas Patens, and the other Latens. Patens is that which appeares to bee ambiguous upon the deed or instrument, Latens is that which seemeth certaine and without ambiguitie, for any thing that appeareth upon the deed or instrument, but there is some collateral matter out of the deed, that breedeth the ambiguity*³⁸.

³⁵ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

³⁶ J. Basedow [w:] *Münchener Kommentar. Bd.2 Schuldrecht. Allgemeiner Teil §§ 241–432*, red. W. Krüger, München 2012, s. 1165–1166.

³⁷ *Ibidem*, s. 1169.

³⁸ A COLLECTION OF SOME PRINCIPALL RULES and MAXIMES of the Common Lawes of ENGLAND, WITH THEIR LATITUDE and EXTENT, Explicated for the more facile Introduction of such as are studiously addicted to that noble Profession. By Sir FRANCIS BACON, then Sollicitor generall to the late renowned Queene Elizabeth, and since Lord Chancellor of ENGLAND, Orbe paruo sed non occiduo. LONDON, Printed by the Assignes of John Moore Esq, Anno clo.lo.c.xxx. CUM PRIVILEGIO, <http://www.constitution.org/bacon/ecle.htm>, 11.12.2016.

4. Obecność zasady *ambiguitas contra stipulatorem* w prawie polskim

W prawie polskim zasada *in dubio contra proferentem* była początkowo pomijana. Kodeks zobowiązań, wzorem niemieckim, jej nie zawierał. Roman Longchamps de Brier w swoim dziele *Zobowiązania* następująco uzasadniał brak zasady *in dubio contra proferentem*: „Niektóre kodeksy np. k. N., zawierają dość liczne reguły tłumaczenia oświadczeń woli, które jednak dadzą się przeważnie sprowadzić do kilku zasad naczelných. Nowsze kodeksy ograniczają się tylko do podawania tych zasad naczelných i tą drogą postępuje też k.z.”³⁹ Dalej pisał: „Pod względem kierunku, w jakim ma iść tłumaczenie, zawiera k.z. najpierw zasadę, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak wymagają tego dobra wiara i zwyczaje uczciwego obrotu, art. 107. Zasada ta odnosi się również do wszelkiego rodzaju oświadczeń woli, zarówno dwustronnych jak i jednostronnych”⁴⁰. *Stricte* do zasady *in dubio contra proferentem* odnosi się R. Longchamps de Brier z perspektywy zasady dobrej wiary, jako reguły nadrzędnej: „Z naczelnego kryterium dobrej wiary wynika też, że nie zawsze trafne są wskazówki interpretacyjne, zawarte w niektórych dotychczasowych kodeksach, jak np., że oświadczenie należy tłumaczyć na niekorzyść uprawnionego a na korzyść zobowiązanego (art. 1162 k.N.), lub że przy umowach jednostronnych należy raczej przyjąć, że zobowiązany chciał wziąć mniejszy ciężar na siebie niż większy (§ 915 k.c.a.), gdyż nieraz wypadnie przyjąć przeciwieństwo, jeżeli tego dobra wiara wymaga”⁴¹. Widoczna jest pewna nieufność i dystans wobec omawianej zasady. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której to dłużnik będzie stroną w zasadzie silniejszą zarówno pod względem ekonomicznym jak i prawnym.

Analogiczne podejście do zasady *in dubio contra proferentem* panowało po II wojnie światowej i powielili ją twórcy kodeksu cywilnego z 1964 roku. Mimo to praktyka prawa, przede wszystkim sądy, dopuszczała stosowania tej zasady podobnie jak w Niemczech, w szczególności w obrocie konsumenckim – analizie ogólnych warunków umownych⁴². Ostatecznie wprowadzono nowelizację z 2000 roku do k.c. art. 385 § 2 następującej treści: „Wzorzec umowy powinien być sformułowany jednoznacznie i w sposób zrozumiały. Postanowienia niejednoznaczne tłumaczy się na korzyść konsumenta. Zasady wyrażonej w zdaniu poprzedzającym nie stosuje się w postępowaniu w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone (**brzmienie po nowelizacji z 2009 roku** – podkreślenie I.A)”. Kodeks cywilny odnosi tę zasadę jedynie do wzorców umownych w obrocie konsumenckim. Doktryna jak i orzecznictwo rozszerzają ją na obrót profesjonalny oraz powszechny⁴³. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia

³⁹ R. Longchamps de Brier, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 138.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 139.

⁴¹ *Ibidem*, s. 140.

⁴² Sąd Najwyższy, orzeczenie z dnia 24 lipca 1959 r., sygn. akt IV CR 1027/58, LEX nr 1634349; Sąd Najwyższy, uchwała 7 sędziów z dnia 6 grudnia 1975 r., sygn. akt III CZP 44/75, OSNC 1976, nr 7-8, poz. 153.

⁴³ M. Bednarek [w:] *System Prawa Prywatnego*, red. E. Łętowska, t. 5, Warszawa 2013, s. 712; Sąd Najwyższy, wyrok z dnia 21 czerwca 2007 r., sygn. akt, IV CSK 95/07 LEX nr 485885; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2015 r. sygn. akt V CSK 217/14 LEX nr 1650306; Sąd Okręgowy w Łodzi, wyrok z dnia 23 czerwca 2015 r., sygn. akt III Ca 486/15, LEX nr 2127294.

29 stycznia 2016 r. przedstawił następujący pogląd: „Zawężenie zawartej w art. 385 § 2 k.c. dyrektywy interpretacyjnej do obrotu konsumenckiego jest bowiem powszechnie krytykowane. Wyrażany jest pogląd, że powinna ona być stosowana powszechnie, ponieważ ryzyko wieloznaczności wyrażen powinien ponosić ten, kto je sformułował. Pogląd ten znalazł aprobatę w orzecznictwie Sądu Najwyższego”⁴⁴.

Wydaje się słusznym stwierdzenie, że prawo polskie nowelizując w 2000 roku k.c. powieliło normę niemieckiego § 5 AGB-G. Uwzględnienie wzorców niemieckich łączy się z zawężeniem reguły rzymskiej. Zasadna może więc wydawać się próba spojrzenia szerszego, odwołującego się np. do ABGB, a w efekcie do spuścizny *ius commune* i klasycznego prawa rzymskiego, które dopuszczały interpretację przeciwko oświadczającemu w tak powszechnych kontraktach, jak sprzedaż czy najem generalnie, a nie jedynie w kontekście wzorców umów. Być może ta ostrożność wiąże się z poglądem, który reprezentował Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12.01.1960 r. Wyprowadził on zasadę znaną m.in. z ABGB § 915 zd. 1, że w umowach jednostronnie zobowiązujących dłużnik, w razie wątpliwości, powinien brać na siebie mniej, niż więcej ciężarów. Sąd określił to jako interpretowanie na korzyść dłużnika, czyli rzymska *favor debitoris*⁴⁵. Zdaniem Zbigniewa Radwańskiego zasadne jest wydzielanie zasad *favor debitoris* i *in dubio contra proferentem*. Zdaniem tegoż autora zasadę *in dubio contra proferentem* stosować należy jedynie w umowach dwustronnie zobowiązujących – przede wszystkim w zobowiązaniach wzajemnych. Nie jest to jednak aż tak oczywista zasada, aby nie potrzebowała unormowania ustawowego⁴⁶. Z tego względu stosuje się ją w prawie polskim jedynie przy interpretacji wzorców umownych. Celem, któremu służy zasada z art. 385 § 2, jest ochrona konsumenta (z reguły strony słabszej), który nie miał wpływu na sformułowane postanowienia, więc to właśnie przedsiębiorca winien ponieść konsekwencje swojej niestaranności w procesie redakcji umowy.

5. Konkluzje

W Europejskiej tradycji prawnej dominował pogląd, że reguły *ambiguitas contra stipulatorem* lub *in dubio contra proferentem* miały charakter subsydiarny. W polskiej doktrynie na przestrzeni 15 lat można zauważyć pewne nieścisłości. Zbigniew Radwański wypowiadał następujący pogląd: „Zgodnie wszakże z powszechnie akceptowanym poglądem oparta na tej koncepcji maksyma ma rangę subsydiarnej reguły

⁴⁴ Sąd Najwyższy, wyrok z dnia 29 stycznia 2016 r., sygn. akt II CSK 91/15, LEX nr 2010219.

⁴⁵ Sąd Najwyższy, wyrok z dnia 12.01.1960 r., sygn. akt, OSPiKA 1962, nr 3, poz. 69: „Jest natomiast kwestią otwartą, czy zobowiązał się on do zapłaty 15.000 zł, czy też 20.000 zł. W przepisach prawa nie znajdujemy odpowiedzi na pytanie, czy dłużnik odpowiada do wysokości dolnej czy też górnej swego zobowiązania, które określił w pewnych granicach. Zdaniem Sądu Najwyższego, niejasną treść zobowiązania należy interpretować na korzyść dłużnika i gdy ten nie wywiązuje się z niego, uwzględnić roszczenie wierzyciela tylko do dolnej granicy zobowiązania. Dłużnik powinien się liczyć w każdym bądź razie z tym, że zobowiązanie swoje w granicach najniższej kwoty będzie musiał wykonać, a wierzyciel, że powyżej tej kwoty może wierzytelności swojej nie uzyskać. Słowem zobowiązanie zapłacenia kwoty określonej w pewnych granicach jest bezwarunkowe tylko do wysokości najniższej kwoty zobowiązania”.

⁴⁶ Z. Radwański [w:] Z. Radwański, *System Prawa Prywatnego*, t. 2, Warszawa 2008, s. 87–88.

interpretacyjnej⁴⁷. Natomiast Małgorzata Bednarek przedstawia zgoła przeciwstawne stanowisko: „W praktyce oznacza to, że niejednoznaczne klauzule «wzorcowe» – w miejsce szczegółowych ich analiz teleologicznych i systemowych – poddaje się pod zastosowanie dyrektywy *in dubio contra proferentem*. Dyrektywa ta nie ma zatem charakteru subsydiarnego, aczkolwiek znajduje zastosowanie dopiero po stwierdzeniu, że dana klauzula wzorca nie jest jednoznaczna⁴⁸. Jak należałoby więc rozumieć tę zasadę w świetle dzisiejszych przepisów? Na jakim etapie wykładni postanowień umownych można stwierdzić, że dana klauzula „nie jest jednoznaczna”? Wartym uwagi wydaje się postulat, by szukać odpowiedzi w naszej tradycji prawnej, która właściwie od 2000 lat proponuje subsydiarny charakter tej dyrektywy interpretacyjnej. Nie może umknąć spostrzeżenie, że jest to reguła interpretacyjna, którą stosuje się w razie wątpliwości, gdy wykładnia samych oświadczeń woli nie przynosi jednoznacznej odpowiedzi. Nie jest bowiem jej zadaniem uzupełnianie treści czynności prawnej o elementy niezamierzone przez strony, a jedynie wskazanie rozwiązania niejednoznaczności jej brzmienia. Służyć ma temu zatem w pierwszej kolejności ustalenie tego, co strony rzeczywiście miały na myśli – *id quod actum est*. Nie trzeba w tym wypadku odwoływać się aż do prawa rzymskiego. Wystarczy choćby wskazać art. 65 § 2 Kodeksu cywilnego albo Kodeks zobowiązań, a konkretnie analogiczny art. 108: „W umowach należy raczej badać, jaki był wspólny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na dosłownym znaczeniu wyrazów⁴⁹”.

Podsumowując można stwierdzić, że zasady bądź to *ambiguitas contra stipulatorem*, bądź to *in dubio contra proferentem* są stale obecne w europejskiej tradycji prawnej. Odnosi się to przede wszystkim do systemów prawnych typu *civil law*, wywodzących się z antycznego prawa rzymskiego. Zasada ta zawsze miała na celu ochronę słabszej strony – przede wszystkim pod względem ekonomicznym i społecznym. Nie powodowała jednak przesadnego faworyzowania strony nieoświadczającej (*promissora*). Na straży stał bowiem jej pomocniczy charakter, który wymagał w pierwszej kolejności zbadania rzeczywistej woli stron (*id quod actum est*), a następnie dopuszczał ewentualne zastosowanie tej reguły.

W zależności od systemu prawnego w większym lub mniejszym stopniu uwzględniany jest rzymski charakter interpretacji przeciwko oświadczającemu. Tym razem „bardziej rzymskie” okazują się być kodeksy doby oświecenia. Francja, Austria, ale też Włochy, których kodeks w znacznym stopniu opierał się na dziele Napoleona, uwzględniają zastosowanie tej reguły właściwie w podobnych sytuacjach, co rzymscy juryści. Natomiast kodeksy wywodzące się z BGB traktują ją jako regułę interpretacyjną. Niechętnie rozszerzają zakres jej zastosowania. W zasadzie odnoszą *in dubio contra proferentem* jedynie do ogólnych warunków umów. Zgodnie z zakresem normy art. 385 § 2 k.c. jest ona stosowana w obrocie konsumenckim, w którym konsument jako podmiot nieprofesjonalny nie musi mieć pełnego wyobrażenia i znajomości na temat

⁴⁷ Z. Radwański, *Wykładnia oświadczeń...*, s. 135.

⁴⁸ M. Bednarek [w:] *System Prawa Prywatnego...*, s. 751.

⁴⁹ Kodeks Zobowiązań art. 108 – więcej o tym: R. Longchamps de Bérrier, *Zobowiązania...*, s. 141; por. art. 65 § 2 k.c.

materii, której umowa dotyczy. Dlatego, przez wzgląd na słusność, niejednoznaczne klauzule powinno się rozstrzygać na rzecz konsumenta. Doktryna postuluje rozszerzenie jej obowiązywania również na obrót profesjonalny⁵⁰, co stanowiłoby kolejne powielenie wzorców niemieckich.

* * *

Apparent equality? *Ambiguitas contra stipulatorem*

The aim of this paper is to present the origins of a civil law rule *in dubio contra proferentem*. Its foundations are to be found in the classical roman law. The roman jurists acknowledged since Celsus that in case of obscure terms in contract of stipulation any ambiguities should be resolved against the stipulator. This type of thinking, about the improvement of legal situation of the party, which did not have the influence on the terms of contract, had been extended to *location conductio* or *emptio venditio*.

This rule became obvious and common in the time of medieval *ius commune* and therefore has been taken into consideration by the authors of ABGB and CC codes, which were written under a huge impact of natural law. The rule *in dubio contra proferentem* had not been included in codes at the beginning of 20th century – e.g. BGB. The German jurisprudence, and consequently the Polish jurisprudence, rejected it as a pure interpretational rule, which should not be included in the civil code. The legal practice has shown that the law must regulate its scope. The author also desires to indicate, how much the roman law can answer the questions asked by the today's legal science.

Key words: civil law, Roman law, law of obligations, ABGB, BGB, CC, KZ, KC, interpretational rule, ambiguous contract's provisions, Unklarheitenregel

⁵⁰ A. Olejniczak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*, red. A. Kidyba, eLEX 2014, <https://sip.lex.pl/#/komentarz/587263779/167873/kodeks-cywilny-komentarz-tom-iii-zobowiazania-czesc-ogolna-wyd-ii>, 11.12.2016.

Łukasz Folak¹

Zasada *in dubio pro libertate* w prawie administracyjnym i orzecznictwie sądów administracyjnych

Streszczenie:

W polskim prawie administracyjnym, w celu zapewnienia gwarancji procesowych podmiotów umiejscowionych na zewnątrz administracji publicznej, przedstawiciele doktryny prawa, jak i sądy administracyjne wywodzą – z obowiązujących unormowań – zasadę *in dubio pro libertate*. Zasada ta stanowi swoistą regułę interpretacyjną, która winna być uwzględniana w procesie stosowania prawa, w administracyjnym postępowaniu jurysdykcyjnym. Sądownictwo dostrzega rolę opisywanej zasady w sprawach związanych z ograniczeniem publicznych praw podmiotowych (prawa do zabudowy nieruchomości, wolności działalności gospodarczej, dostępu do informacji publicznej), czy nakładaniem na jednostki obowiązków publicznoprawnych (zobowiązania podatkowe, sankcje administracyjne). Również ustawodawca czyni próby wprowadzenia tejże zasady *explicite* do unormowań prawa administracyjnego. Przedmiotowy artykuł zawiera charakterystykę zasady *in dubio pro libertate* w prawie administracyjnym oraz rozważania w zakresie dopuszczalności jej stosowania; analizę zmian legislacyjnych, dotyczących opisywanej reguły; a także orzeczeń judykatury, w których sądy dostrzegły i uwzględniły zasadę *in dubio pro libertate*.

Słowa kluczowe: *in dubio pro libertate*, zasada interpretacyjna, orzecznictwo sądów administracyjnych

¹ Autor jest doktorantem III roku w Katedrze Prawa Administracyjnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

„Gdy norma nakłada na obywateli jakiekolwiek obowiązki, ograniczenia (...) to należy ją tłumaczyć w sensie łagodniejszym, wychodząc z domniemania o miłosierdziu ustawodawcy, który nie ścieśnia wolności i samodzielności obywateli (...) bez rzeczywistej potrzeby”².

Prof. E. Waśkowski

1. Wprowadzenie

Problematyka wykładni prawa (stosowania reguł interpretacyjnych) ma relewantne i fundamentalne znaczenie w procesie stosowania regulacji każdej gałęzi prawa. Wykładnia *sensu stricto* obejmuje sprawy i czynności związane z rozumieniem tekstów prawnych, natomiast wykładnia *sensu largo* obejmuje oprócz wykładni prawa w ścisłym znaczeniu, także czynności polegające na odkodowywaniu (wynioskowywaniu) z norm odtworzonych w materii normatywnej – innych norm³.

Celem wykładni w prawie administracyjnym jest odkodowanie norm tegoż prawa, które stanowią podstawę prawną w toku postępowania jurysdykcyjnego oraz zagwarantowanie właściwego wykreowania (zgodnie z walidacyjno-derywacyjną koncepcją wykładni) indywidualnych i konkretnych unormowań prawa administracyjnego⁴. Przy tym, przepisy prawa administracyjnego, często niekompletne, niejednoznacznie sformułowane są trudne do zinterpretowania – w tym zakresie, często występują spory i kontrowersje obejmujące rozbieżne rezultaty wykładni⁵. Jak zauważono w literaturze, niezależnie od ogólnych reguł wykładni prawa, egzegeza prawa administracyjnego ma swoją specyfikę, związaną z:

- 1) strukturalnym rozbudowaniem najszerszej dziedziny *ius publicum* i koniecznością dekodowania w procesie decyzyjnym – norm prawa administracyjnego, umiejscowionych na różnych szczeblach hierarchii źródeł prawa (szczególna rola wykładni systemowej w prawie administracyjnym);
- 2) realizowaniem przez organy administracji publicznej ogólnych celów (w interesie publicznym) i sprawowaniem polityki administracyjnej (szczególna rola wykładni celowościowej w prawie administracyjnym);

² E. Waśkowski, *Teoria wykładni prawa cywilnego*, Warszawa 1936, s. 116.

³ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2006, s. 45. Jak zaznaczył NSA w wyroku z dnia 16 czerwca 2012 r., II OSK 587/11, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych – <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/> – dalej: CBOSA – „Trzeba zwrócić uwagę, że interpretacja tekstu prawnego jest czynnością o charakterze złożonym, polega na zebraniu i przedstawieniu argumentów przemawiających za określonym znaczeniem, przy czym dobór dyrektyw interpretacyjnych, kolejność ich zastosowania, przyjęte domniemania interpretacyjne są określane przez przyjęty w danej kulturze prawnej, akceptowany model, który może być zróżnicowany w zależności od rodzaju interpretowanego przepisu”.

⁴ W. Jakimowicz, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Kraków 2006, s. 380.

⁵ Z. Duniewska [w:] B. Jaworska-Dębska, Z. Duniewska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, *Prawo administracyjne: pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2013, s. 256.

- 3) interpretowaniem regulacji tej gałęzi prawa, przez wiele podmiotów o zróżnicowanych poglądach i aksjologii, występujących na różnych szczeblach obrotu;
- 4) koniecznością uwzględniania w procesie wykładni unormowań Unii Europejskiej i decyzji interpretacyjnych Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (w tym: dostrzeganie zasad prawa unijnego i uwzględnianie nieodzowności wykładni „pro-wspólnotowej”, tj. interpretacji krajowego prawa administracyjnego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej i w jego świetle)⁶.

W nauce prawa wypracowano szereg reguł (wnioskowań) interpretacyjnych, nazywanych też niekiedy toposami prawniczymi. Zauważalna część wspomnianych reguł, na kanwie wykładni prawa administracyjnego, dotyczy rozstrzygania dylematów interpretacyjnych w sytuacji wystąpienia wątpliwości w trakcie procesu stosowania, czy egzekucji unormowań tego prawa. Usunięcie wątpliwości co do znaczenia stosowanego przepisu wymaga posłużenia się dyrektywami interpretacyjnymi określającymi, w jaki sposób ustalić treść danej normy⁷. Zarówno w orzecznictwie sądów administracyjnych, jak i w literaturze, można spotkać następujące wnioski interpretacyjne, możliwe do zastosowania, w razie wątpliwości dotyczących stosowania norm prawa administracyjnego, a nawet wątpliwości w zakresie okoliczności stanu faktycznego sprawy (*in dubio*):

- 1) *in dubio pro libertate*⁸ – „w razie wątpliwości na rzecz wolności (przeciw ograniczeniom)” lub „w razie wątpliwości na korzyść wolności”;
- 2) *in dubio pro tributario* lub *in dubio contra fisco* – „w razie wątpliwości na korzyść podatnika”; przeciwieństwo reguły *in dubio pro fisco* – „w razie wątpliwości na korzyść fiskusa (organu podatkowego; Skarbu Państwa; budżetu jednostki samorządu terytorialnego)”;
- 3) *in dubio pro cive* lub *favor debitoris* – „w razie wątpliwości na rzecz podmiotu sankcjonowanego” lub „w razie wątpliwości na rzecz obywatela (jednostki)”⁹;
- 4) *in dubio pro vita humana* – „w razie wątpliwości na rzecz ochrony życia ludzkiego”¹⁰;
- 5) *in dubio pro actione* – „w razie wątpliwości należy przyjąć zasadę poszerzania, a nie zawężania kompetencji Sądu” lub „w razie wątpliwości na rzecz toczącego się

⁶ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2014, s. 349–350. Także J. Niedźwiecka, *Wykładnia prawa administracyjnego. Wybrane zagadnienia*, Kwartalnik Prawa Publicznego, Rok II, 1–2/2002, s. 167–169 oraz J.P. Tarno, *Naczelny Sąd Administracyjny a wykładnia prawa administracyjnego*, Warszawa 1999, s. 49–50.

⁷ J.P. Tarno, *op.cit.*, s. 39; J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 45.

⁸ Także – *in dubiis lenius (mitius)* lub *in dubiis semper pro reo*.

⁹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006 r., III SA/Wa 12/05 i przywołane tam orzecznictwo; wyrok NSA z dnia 5 marca 2009 r., II OSK 302/08; wyrok NSA z dnia 5 grudnia 2012 r., II OSK 2377/12; wyrok NSA z dnia 8 stycznia 2013 r., II OSK 2373/12; uchwała NSA z dnia 19 października 2015 r., II OPS 1/15, CBOSA. TK w wyroku z dnia 19 listopada 1996 r., K 7/95, OTK 1996, nr 6, poz. 49, zauważył, iż: „w sytuacjach wątpliwych – zgodnie z tradycjami europejskiej kultury prawnej – należy stosować wykładnię korzystniejszą dla zobowiązanego (*favor debitoris*). Tylko taka wykładnia może – w okresie przemian – służyć budowie społeczeństwa obywatelskiego”.

¹⁰ Wyrok TK z dnia 7 stycznia 2004 r., K 14/03, OTK 2004, nr 1, poz. 1; wyrok NSA z dnia 6 października 2016 r., II GSK 2765/16; wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 lutego 2016 r., VI SA/Wa 2942/15, CBOSA.

powstępowania” lub „na korzyść sądowej drogi dochodzenia praw przez jednostkę” lub „na rzecz otwarcia drogi do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy przez niezawisły Sąd”¹¹;

6) *in dubio pro natura* – „w razie wątpliwości na rzecz ochrony środowiska”¹²;

7) *in dubio pro communitate* – „w razie wątpliwości w zgodzie z treścią i celem prawa unijnego”¹³.

Wiodącą z wymienionych reguł jest zasada interpretacyjna wyrażona łacińską paremią – *in dubio pro libertate*. Zgodnie z opisywaną zasadą – w procesie interpretacji należy przyjmować taką egzegezę tekstu prawnego, która poszerza (a nie – ogranicza) wolność obywatela (jednostki), a także dopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca przepisów zezwalających i przyznających uprawnienia jednostce¹⁴.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest charakterystyka zasady interpretacyjnej *in dubio pro libertate* w prawie administracyjnym oraz orzecznictwie sądów administracyjnych – w szczególności: treści tejże zasady w prawie publicznym; dopuszczalności i mechanizmów jurystycznych jej stosowania; możliwości uwzględnienia tej reguły w przypadku kolizji pomiędzy interesem publicznym i indywidualnym.

2. Dopuszczalność stosowania zasady *in dubio pro libertate* w prawie administracyjnym

Dopuszczalność stosowania zasady *in dubio pro libertate* w prawie administracyjnym nie wzbudza kontrowersji. Mimo że, przepisy prawa administracyjnego są bezwzględnie obowiązujące (*ius cogens*) – nie ma przeszkód, aby stosować zasadę *in dubio pro libertate*¹⁵. Jak zauważył W. Jakimowicz, w procesach wykładni w prawie administracyjnym zasada ta powinna mieć szerokie zastosowanie, w szczególności, w sytuacjach, kiedy organy administracji publicznej mają kompetencje do ingerowania w sposób realizowania tzw. praw wolnościowych (to na administracji – a nie na podmiocie administrowanym – ciąży konieczność wykazania zasadności konkretnej ingerencji i jej szczegółowego uzasadnienia)¹⁶.

¹¹ Wyrok NSA z dnia 18 listopada 2015 r., II OSK 614/14; postanowienie NSA z dnia 4 listopada 2016 r., I OSK 1211/16; wyrok NSA z dnia 30 czerwca 2016 r., II OSK 2671/14; wyrok NSA z dnia 5 maja 2015 r., II OSK 1604/13; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 26 listopada 2014 r., IV SA/Gl 884/14, CBOSA. Choć, w uchwale połączonych Izb Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 1983 r., III AZP 11/82, OSNC 1983, nr 10, poz. 147, stwierdzono, iż: „paremia *in dubio pro actione*, jest (...) mało skuteczna w konfrontacji z tekstem ustawy i określoną koncepcją legislacyjną”. Jak się wydaje, w niektórych judykatach paremia ta błędnie powoływana jest jako „*in dubio pro adione*” (np. wyrok NSA z dnia 28 lipca 2016 r., I OSK 155/15; wyrok NSA z dnia 23 stycznia 2014 r., II OSK 1989/12; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 16 października 2014 r., IV SA/Wr 274/14, CBOSA).

¹² B. Rakoczy, *Ciężar dowodu w polskim prawie ochrony środowiska*, Warszawa 2010, s. 238.

¹³ Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 26 kwietnia 2016 r., II SA/Rz 1019/15; wyrok WSA w Krakowie z dnia 10 czerwca 2016 r., III SA/Kr 1471/15, CBOSA.

¹⁴ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2008, s. 169.

¹⁵ J. Zimmermann, *op.cit.*, s. 45.

¹⁶ W. Jakimowicz, *op.cit.*, s. 541.

Niezależnie od tego, możliwość stosowania zasady *in dubio pro libertate* nie powinna być nadużywana i absolutyzowana – w sytuacji wątpliwości interpretacyjnej, kiedy okoliczności sprawy przemawiają za prymatem dobra wspólnego, czy interesu publicznego – należy dać właśnie im pierwszeństwo, przed interesem indywidualnym¹⁷.

3. Treść i charakterystyka zasady *in dubio pro libertate* w prawie administracyjnym

Jak zaakcentowano w piśmiennictwie – zasada *in dubio pro libertate*: ma fundamentalne znaczenie w demokratycznym państwie prawnym; jest szczególną dyrektywą w wykładni prawa administracyjnego (zwłaszcza publicznego prawa gospodarczego); decyduje o przeniesieniu ciężaru argumentacji, na tego kto ją kwestionuje; nakazuje rozstrzygać wszystkie wątpliwości na korzyść obywatela¹⁸.

W odniesieniu do zasady *in dubio pro libertate* panuje pozorny znaczny zamęt terminologiczny. Jest ona nazywana: zasadą, dyrektywą, regułą, formułą, domniemaniem, paremią, postulatem. Najczęściej, zwrotom tym towarzyszy dookreślenie, związane z wykładnią norm prawnych lub interpretacją okoliczności faktycznych. Ta heterogeniczność pojęciowa wskazuje na wieloaspektowość i uniwersalność opisywanej zasady. Choć pojęcie zasad prawa administracyjnego jest wieloznaczne, to można stwierdzić, iż zasady to normy o zasadniczym znaczeniu dla prawa administracyjnego lub klauzule generalne służące całemu prawu albo danej jego gałęzi, jak też uogólnienia norm – zasady nadrzędne odkodowywane z zespołu norm¹⁹. W niniejszym opracowaniu przyjęto nomenklaturę ujmującą omawiany termin jako zasadę (regułę) interpretacyjną. Za takim podejściem przemawiają następujące determinanty. Po pierwsze, zasada ta ma charakter ogólny i jest dostrzegana przez sądownictwo, które wyinterpretowuje ją z obowiązujących unormowań²⁰. Po wtóre, zasada ta przenika prawo administracyjne, które ze swej istoty ma charakter ingerencyjny i winna ona być szczególnie eksponowana w celu realizowania gwarancji ochrony publicznych praw podmiotowych jednostek.

Obecnie, podstawą normatywną zasady *in dubio pro libertate* mogą być:

- 1) art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej²¹ ustanawiający zasadę demokratycznego państwa prawnego (wtem, zasada *in dubio pro libertate* jest jedną z metazasad tworzących zasadę demokratycznego państwa prawnego);
- 2) art. 8 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego²², w którym wyrażono zasadę wzbudzania zaufania – tj. organy administracji publicznej prowadzą postępowanie

¹⁷ Z. Szażyk, A. Szafranski, *Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2015, s. 15.

¹⁸ *Ibidem*, s. 14, także – L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 235.

¹⁹ J. Zimmermann, *op.cit.*, s. 128.

²⁰ TK w wyroku z dnia 27 czerwca 2008 r., K 52/07, OTK 2008, nr 5, poz. 88, uznał zasadę *in dubio pro libertate* za zasadę konstytucyjną.

²¹ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn.: Dz.U. nr 78 poz. 483, ze zm.); dalej: Konstytucja RP.

²² Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz.U. 2016 poz. 23, ze zm.); dalej: k.p.a.

w sposób budzący zaufanie jego uczestników do władzy publicznej, kierując się zasadami proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania; co istotne, sądy administracyjne niejednokrotnie wyprowadzały zasadę *in dubio pro libertate* z zasad ogólnych k.p.a. (w szczególności wspomnianej zasady wzbudzania zaufania uczestników postępowania do władzy publicznej) i wynikających z nich dyrektyw interpretacyjnych; pionierskim pod tym względem orzeczeniem był wyrok NSA z dnia 23 września 1982 r., zgodnie z którym „uprawnień organu administracji (...) nie można interpretować w ten sposób, że w razie wątpliwości należy sprawę rozstrzygnąć na niekorzyść obywatela. Przeciwnie, wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść obywatela, jeśli nie stoi temu na przeszkodzie ważny interes społeczny, gdyż tylko takie postępowanie może pogłębić zaufanie obywateli do organów Państwa (art. 8 KPA)”.

3) art. 7 *in fine* k.p.a., w którym zawarto zasadę uwzględniania (wyważania) interesu społecznego i słusznego interesu obywateli²³.

Jak zauważyła Rada Konsultacyjna Prawa Podatkowego w jednej w wydanych opinii – zasada *in dubio pro libertate* jest istotnym składnikiem zachodniej kultury prawnej i wyraża się w założeniu, iż oczekiwania oraz wymagania względem jednostek mogą być realizowane tylko wtedy, gdy przepis prawa odnosi się w sposób niebudzący wątpliwości – do także niebudzącego wątpliwości, ustalonego stanu faktycznego²⁴.

Zasada *in dubio pro libertate* ustanawia regułę interpretacyjną – w razie występujących w danej sprawie administracyjnej wątpliwości, organ administracji publicznej jest zobowiązany wybrać skutki (konsekwencje) korzystniejsze dla ochrony jednostki. Zasadniczą kwestią jest rozstrzygnięcie, czy wspomniane wątpliwości mogą dotyczyć jedynie stanu prawnego, czy również stanu faktycznego? W literaturze zaprezentowano koncepcję wskazującą, iż zasada ta znajdzie zastosowanie przy rozstrzyganiu zarówno wątpliwości dotyczących sytuacji faktycznych, jak i w trakcie interpretacji niejasnych, dyskusyjnych przepisów²⁵. Należy zgodzić się z tym stanowiskiem, czyniąc jednak kilka uwag rozszerzających. Zasada *in dubio pro libertate* może być rozpatrywana w dwóch kontekstach – w sytuacji wątpliwości co do wykładni prawa; a także w perspektywie wątpliwości związanych z ustaleniami stanu faktycznego. W pierwszym przypadku, gdy rezultaty wykładni normy prawa administracyjnego okażą się niejednoznaczne – organy administracyjne i sądy są zobowiązane poszukiwać interpretacji chroniących w jak najszerszym zakresie wolności i prawa podmiotowe jednostki; natomiast – w drugim stanie – organy, dysponujące władztwem administracyjnym i prowadzące postępowanie jurysdykcyjne, zgodnie z zasadą oficjalności i zasadą prawdy materialnej – winny dążyć do wyczerpującego i kompletnego zebrania materiału dowodowego, a braki i uchybienia

²³ Oczywiście, w poszczególnych sprawach podstawę normatywną zastosowania zasady mogą ustanowić również inne unormowania – np. w zakresie ochrony wolności działalności gospodarczej art. 22 Konstytucji RP.

²⁴ Opinia nr 11/2015 Rady Konsultacyjnej Prawa Podatkowego z dnia 16 listopada 2015 r. w sprawie problemów, które mogą pojawić się na gruncie stosowania przepisu art. 2a Ordynacji podatkowej, <http://www.mf.gov.pl/documents/764034/3396201/Opinia+Rady+nr+11+-+16.11.2015.pdf>, 20.05.2017.

²⁵ Z. Duniewska [w:] B. Jaworska-Dębska, Z. Duniewska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, *op.cit.*, s. 254.

w tym względzie nie mogą być rozstrzygane na niekorzyść podmiotu umiejscowionego na zewnątrz administracji publicznej²⁶. Jest znamienne, iż – w ostatnio wspomnianym zakresie – zasada *in dubio pro libertate* obejmuje także rozstrzyganie niedających się wyjaśnić wątpliwości w zakresie podstawy faktycznej konkretnej sprawy.

Nie ma wątpliwości, iż zasada *in dubio pro libertate* może odnosić się jedynie do aktywności i działań jednostek (podmiotów umiejscowionych na zewnątrz administracji publicznej), natomiast nie dotyczy ona realizowania kompetencji przez organy administracyjne. Jak zaznaczono w literaturze, „zasada *in dubio pro libertate* nie może bowiem znajdować zastosowania w odniesieniu do organów władzy państwowej działających w sferze imperium, jako że przyjęcie takie założenia prowadziłoby w konsekwencji do przyznania tym organom władzy o charakterze dyskrecyjnym, co z kolei jest nie do pogodzenia z obowiązującą w prawie polskim zasadą demokratycznego państwa prawnego”²⁷.

Jak zasadnie zauważono w piśmiennictwie, do zasady *in dubio pro libertate* nawiązuje paremia, stosownie do której – prawo należy interpretować przeciwko temu, kto powinien mówić jaśniej (*interpretatio est contra eum facienda qui clarius loqui debuisse*). Odnosząc tę zasadę do prawa administracyjnego stwierdzono dalej, iż to organy administracji są zobowiązane stosowanie się do tej prawdy, co oznacza konieczność uwzględniania wszelkich domniemań z korzyścią na rzecz podmiotów administrowanych²⁸.

Nie jest możliwe zastosowanie zasady interpretacyjnej *in dubio pro libertate* w procesie stosowania prawa administracyjnego, w sytuacji:

- 1) braku dostatecznie wykazanego stanu wątpliwości co do znaczenia przepisu²⁹;
- 2) braku podjęcia wszelkich działań przez organ administracji publicznej, prowadzących do dostatecznego i wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności stanu faktycznego sprawy, przy aktywnym udziale strony w postępowaniu – zgodnie z zasadą oficjalności i prawdy materialnej;
- 3) kiedy ochrona nadrzędnego interesu publicznego (z uwagi na konieczność zapewnienia powszechnie uznawanych dóbr i wartości – np. dobra człowieka, zdrowia i życia ludzkiego, bezpieczeństwa publicznego, mienia o znacznych rozmiarach), bezwzględnie wymaga ograniczenia indywidualnych praw i wolności obywateli; a wartościowanie interesu ogólnego i indywidualnego było wnikliwe i rozstrzygnięcie tego konfliktu zostało szczegółowo uzasadnione³⁰.

²⁶ Por. A. Mariański, *Rozstrzyganie wątpliwości na korzyść podatnika. Zasada prawa podatkowego*, Warszawa 2011, s. 101–102, 188, 191.

²⁷ P. Antoniuk, M. Cherka, F.M. Elżanowski, *Prawne przesłanki wpisu do rejestru zabytków otoczenia zabytku* [w:] *Prawne aspekty procesu inwestycyjnego*, red. M. Cherka, F.M. Elżanowski, K. Wąsowski, Warszawa 2009, s. 106; także Z. Cieślak, *Zbiory zachowań w administracji państwowej. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1992, s. 75; M. Matczak, *Kompetencja organu administracji publicznej*, Warszawa 2004, s. 45 i nast.

²⁸ W. Jakimowicz, *op.cit.*, s. 541–542.

²⁹ Wyrok NSA z dnia 26 czerwca 2012 r., II OSK 587/11, CBOSA.

³⁰ Wyrok SN – Izba Administracyjna, pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 18 listopada 1993 r., III ARN 49/93, OSNCP 1994, nr 9, poz. 181.

Zasada *in dubio pro libertate* ma w demokratycznym państwie prawa relewantne znaczenie gwarancyjne. Wymaga ona od organów administracyjnych stosujących prawo podjęcia szczególnych wysiłków i inicjatyw, w celu dokonania prawidłowej i kompleksowej wykładni stanu prawnego, a także wyczerpującego ustalenia okoliczności faktycznych sprawy oraz skrupulatnego i kazuistycznego uzasadnienia wydanego aktu administracyjnego – pod rygorem zastosowania opisywanej reguły interpretacyjnej.

4. Próby wyraźnego, normatywnego ustanowienia zasady *in dubio pro libertate*

Ustawodawca podejmuje próby wyraźnego, normatywnego ustanowienia zasady *in dubio pro libertate* w prawie administracyjnym.

W ostatnim z projektów ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego (druk nr 3942, projekt z dnia 29 grudnia 2010 r.), w art. 26 projektu ustawy zaproponowano następujący zapis: „Jeżeli w sprawie rozstrzyganej przez organ administracji publicznej pozostają niejasności i wątpliwości co do jej stanu prawnego i faktycznego, to nie mogą być one traktowane jako okoliczności niekorzystne dla uczestników sprawy”³¹. Stosownie do art. 11 ust. 1 i 2 projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców (projekt z dnia 10 lutego 2017 r.):

Jeżeli przedmiotem postępowania przed organem jest nałożenie na przedsiębiorcę obowiązku bądź ograniczenie lub odebranie uprawnienia, a w sprawie pozostają wątpliwości co do treści normy prawnej, wątpliwości te są rozstrzygane na korzyść przedsiębiorcy, chyba że sprzeciwiają się temu sporne interesy stron albo interesy osób trzecich, na które wynik postępowania ma bezpośredni wpływ. [*Zasada przyjaznej interpretacji przepisów (in dubio pro libertate)*]. Przepisu (...) nie stosuje się jeśli wymaga tego ważny interes publiczny, w tym istotne interesy państwa, a w szczególności jego bezpieczeństwa, obronności lub porządku publicznego³².

Kolejną, obecnie skutecznie sfinalizowaną próbą wprowadzenia zasady *in dubio pro libertate* do polskiego prawa administracyjnego jest ustawa z dnia 17 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw³³. Zgodnie z brzmieniem wprowadzanego przepisu art. 7a § 1 i § 2 k.p.a.:

³¹ Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy zasada ta ma na celu ochronę stron postępowania lub jego uczestników „przed przenoszeniem na nich konsekwencji zaniedbania przez organ administracyjny pełnego wyjaśnienia stanu prawnego lub faktycznego sprawy. Z przepisu wynika obowiązek organu ujawnienia w uzasadnieniu decyzji (postanowienia) tych nie usuniętych w toku postępowania wątpliwości co do prawa lub faktów prawotwórczych oraz wynikających z tego skutków co do kształtu czy też zakresu praw lub obowiązków jednostki, jak również wskazanie, czy i w jakim zakresie nie przyczyniło się to do pogorszenia sytuacji adresata decyzji (postanowienia)”, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/8F21C6C714261B99C1257849003B79D6/\\$file/3942.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/8F21C6C714261B99C1257849003B79D6/$file/3942.pdf), 20.05.2017.

³² <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12295217/12416239/12416240/dokument274280.pdf>, 20.05.2017.

³³ Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 935), dalej: ustawa nowelizująca k.p.a., która wchodzi w życie 1 czerwca 2017 r.

Jeżeli przedmiotem postępowania administracyjnego jest nałożenie na stronę obowiązku bądź ograniczenie lub odebranie stronie uprawnienia, a w sprawie pozostają wątpliwości co do treści normy prawnej, wątpliwości te są rozstrzygane na korzyść strony, chyba że sprzeciwiają się temu sporne interesy stron albo interesy osób trzecich, na które wynik postępowania ma bezpośredni wpływ. Przepisu (...) nie stosuje się: 1) jeżeli wymaga tego ważny interes publiczny, w tym istotne interesy państwa, a w szczególności jego bezpieczeństwa, obronności lub porządku publicznego; 2) w sprawach osobowych funkcjonariuszy oraz żołnierzy zawodowych.

W uzasadnieniu do projektu ustawy zaznaczono m.in. iż:

- 1) decyzje organów administracji publicznej, w których wątpliwości interpretacyjne rozstrzygnięto na niekorzyść strony – obniżają zaufanie do państwa i ustanawianego prawa;
- 2) zasada *in dubio pro libertate* jest odpowiednikiem w zakresie stosowania prawa konstytucyjnej zasady poprawnej legislacji, dotyczącej stanowienia prawa;
- 3) wprowadzenie opisywanej zasady ma na celu ograniczenie ryzyka obciążania strony postępowania następstwami nieścisłości i niejasności unormowań;
- 4) zgodnie z zasadą *in dubio pro libertate*, jeżeli w danej sprawie administracyjnej występują wątpliwości dotyczące treści normy prawnej, winny one być rozstrzygane na korzyść strony;
- 5) zasada *in dubio pro libertate*, powinna być stosowana na ostatnim etapie procesu wykładni, lecz jest jedynie uzupełniającą dyrektywą interpretacyjną;
- 6) „korzyścią strony” jest optymalne dla niej rozwiązanie prawne spośród tych, które powstały na skutek interpretacji przepisu; zasada nie znajdzie zastosowania w przypadku kolizji interesów stron, która uniemożliwi wybór korzystnej wykładni³⁴.

Choć – zdecydowanie – należy docenić wysiłki prawodawcy do konkretnego wyrażenia opisywanej zasady w unormowaniach prawa administracyjnego, to ich analiza wymaga komentarza. Należy zauważyć, wspomniana ustawa nowelizująca k.p.a. (podobnie jak przytoczony już projekt ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego z 2010 r.), obejmuje objęcie proponowaną treścią zasady *in dubio pro libertate*, także wątpliwości dotyczące stanu faktycznego. Jednak, ten ostatni aspekt został wyrażony – nie jako zasada ogólna, lecz w przepisach dotyczących dowodów³⁵. Nadto, unormowanie zaproponowane zarówno w projekcie ustawy – Prawo przedsiębiorców, jak i w ustawie nowelizującej k.p.a. są w istocie analogiczne (w przypadku wejścia w życie również ustawy – Prawo przedsiębiorców, regulacja tam zawarta stanowiłaby *superfluum* ustawowe,

³⁴ Uzasadnienie ustawy nowelizującej k.p.a., s. 7-13, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.sp?nr=1183>, 20.05.2017.

³⁵ Zgodnie dodanymi do k.p.a. przepisami: art. 81a. § 1. Jeżeli przedmiotem postępowania administracyjnego jest nałożenie na stronę obowiązku bądź ograniczenie lub odebranie stronie uprawnienia, a w tym zakresie pozostają niedające się usunąć wątpliwości co do stanu faktycznego, wątpliwości te są rozstrzygane na korzyść strony. § 2. Przepisu § 1 nie stosuje się: 1) jeżeli w sprawie uczestniczą strony o spornych interesach lub wynik postępowania ma bezpośredni wpływ na interesy osób trzecich; 2) jeżeli przepisy odrębne wymagają od strony wykazania określonych faktów; 3) jeżeli wymaga tego ważny interes publiczny, w tym istotne interesy państwa, a w szczególności jego bezpieczeństwa, obronności lub porządku publicznego; 4) w sprawach osobowych funkcjonariuszy oraz żołnierzy zawodowych.

generujące inflację prawa i trudności interpretacyjne). Co znamienne, przyjęta obecnie stylizacja tejże zasady wskazuje i kładzie nacisk na jej zastosowanie w sytuacji nakładania na stronę obowiązków lub ograniczania uprawnień – a nie zagwarantowania praw, czy wolności. Nadto, zasada ta nie może być zastosowana w sprawach, w których strony mają sporne interesy. Ostatecznie, nie jest jasne jakie kategorie podmiotów mieszczą się w pojęciu osób trzecich, na których interesy wynik postępowania ma bezpośredni wpływ (skoro nie są to uczestniczące w postępowaniu strony lub podmioty na prawach strony – np. organizacje społeczne).

Wprowadzenie zasady *in dubio pro libertate* – *explicite* do norm prawa administracyjnego jest uzasadnione ze względów gwarancyjnych. Zarówno podmioty uczestniczące w postępowaniu administracyjnym, organy administracji publicznej, jak i sądy administracyjne uzyskają konkretną podstawę normatywną, odpowiednio: realizowanych uprawnień, wydawanych rozstrzygnięć, czy orzeczeń (nie będzie już konieczności dekodowania tego pryncypium z wielu przepisów, zasad konstytucyjnych, czy innych ogólnych zasad prawa administracyjnego). Jednak, stylizacja komentowanych rozwiązań może prowadzić do zawężenia rozumienia opisywanej zasady, a także zmierzać do ograniczenia jej zastosowania (m.in. ze względu na szereg przesłanek szczegółowych – przedmiot postępowania, konflikt z interesami innych podmiotów, brak możliwości zastosowania zasady w sytuacji konieczności uwzględnienia stanów określonych klauzulami generalnymi i pojęciami niedookreślonymi – np. interes publiczny, bezpieczeństwo, porządek publiczny).

5. Zasada *in dubio pro libertate* w orzecznictwie sądowym

W kontekście teoretycznie scharakteryzowanego przedmiotu badawczego nieodzowna jest analiza uwzględniania oraz występowania zasady interpretacyjnej *in dubio pro libertate* w orzecznictwie sądowym. W jakich sprawach sądy administracyjne i Trybunał Konstytucyjny powoływały się na opisywaną zasadę? Czy reguła ta jest dostrzegana przez sądownictwo? Jaką treść w świetle judykatów wydawanych przez sądy ma zasada *in dubio pro libertate*?

Jak zauważa J. Ciapała już „wykładnia art. 8 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji każe sformułować pogląd, że w sytuacjach wyjątkowych jakie stanowi brak możliwości bezpośredniego zastosowania w praktyce orzeczniczej przepisu ustawy wobec danego jednoznacznego – w opinii sądu – stanu faktycznego należy przywołać zasadę konstytucyjną i formułę *in dubio pro libertate*”³⁶. Analiza wypowiedzi judykatury prowadzi do wniosku, iż zasada *in dubio pro libertate* jest wielokrotnie powoływana w orzecznictwie sądowym, lecz dotyczącym wąskiego katalogu spraw, tj. zobowiązań podatkowych (w tym zakresie powołuje się zasadę szczegółową wynikającą z *in dubio pro libertate* – tj. *in dubio pro tributario*); ograniczania wolności działalności gospodarczej; prawa zabudowy nieruchomości i prawa dostępu do informacji publicznej oraz wymierzania dolegliwości administracyjnych (np. kar administracyjnych).

³⁶ J. Ciapała, *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w Rzeczypospolitej Polskiej*, Szczecin 2009, s. 300–301.

5.1. Zobowiązania podatkowe

Konsekwencją (uszczegółowieniem) zasady *in dubio pro libertate* w prawie podatkowym i finansowym jest zasada *in dubio pro tributario* (*in dubio contra fiscum*)³⁷. Zasada ta³⁸ została wprost wyrażona w art. 2a Ordynacji podatkowej³⁹ stosownie do którego – nie-dające się usunąć wątpliwości co do treści przepisów prawa podatkowego rozstrzyga się na korzyść podatnika⁴⁰.

Analiza orzeczeń judykatury, w których sądy administracyjne powoływały się w kontroli rozstrzygnięć organów administracji publicznej (WSA), jak też przy analizie oceny konkretyzacji praw i obowiązków (NSA) – na zasadę *in dubio pro tributatio* prowadzi do wniosku, iż wyraźne wprowadzenie wspomnianej zasady spowodowało zmianę kierunku orzecznictwa. W uprzednio obowiązującym stanie prawnym NSA stwierdził, iż opisywana zasada (wtedy wywodzona z art. 121 o.p.) nakazuje przyjmować korzystną dla podatnika wykładnię przepisów prawa materialnego, jak i procesowego, a także dotyczy rozstrzygania na rzecz podatnika wątpliwości w zakresie ustalania stanu faktycznego sprawy. Już w obowiązującym stanie prawnym, WSA w Rzeszowie, nawiązując do stylizacji art. 2a o.p., zaznaczył, iż wspomniana norma prawna nakazuje rozstrzyganie na korzyść podatnika jedynie wątpliwości dotyczących prawa, nie zaś wątpliwości co do stanu faktycznego⁴¹. Przedstawiony przykład dobitnie wskazuje, iż wprowadzenie wspomnianej normy *expressis verbis* do prawa administracyjnego, jednocześnie umocniło gwarancje procesowe podatników, jak również paradoksalnie je ograniczyło.

Ponadto, zasada *in dubio pro tributario* była szeroko dostrzegana przez sądy administracyjne przed jej wyeksponowaniem wprost w o.p.⁴²

5.2. Wolność działalności gospodarczej

Przedstawiciele doktryny prawa administracyjnego gremialnie wskazują na domniemanie na korzyść wolności działalności gospodarczej, zgodnie z którym jednostki (przedsiębiorcy) mają swobodę podejmowania i prowadzenia działalności przez przedsiębiorców, jeżeli przepisy ustawowe nie ustanawiają takich ograniczeń (wykładnia *in dubio pro libertatem*)⁴³.

³⁷ A. Mariański, *op.cit.*, s. 99.

³⁸ Mimo, że uprzednio możliwe było jej wywiedzenie na podstawie obowiązujących zasad (jako quasi-logicznej konsekwencji kilku norm prawnych) – *ibidem*, s. 271.

³⁹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz.U. 2017 poz. 201 ze zm.); dalej: o.p.

⁴⁰ Na podstawie ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. (Dz.U. poz. 1197), która weszła w życie w dniu 1 stycznia 2016 r., zmieniającej ustawę – o.p.

⁴¹ Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 28 lipca 2016 r., I SA/Rz 392/16, CBOSA.

⁴² Zob. np. wyrok NSA z dnia 15 września 2006 r., I FSK 1102/05; wyrok NSA z dnia 10 listopada 2006 r., II FSK 1231/05; wyrok NSA z dnia 7 kwietnia 2009 r., I FSK 254/08; wyrok NSA z dnia 10 czerwca 2014 r., I FSK 959/13, CBOSA.

⁴³ K. Klecha, *Wolność działalności gospodarczej w Konstytucji RP*, Warszawa 2009, s. 51; S. Biernat, *Podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda*, PPH 9/1994, s. 9 i nast.

Zasada *in dubio pro libertate*, podkreślająca znaczenie wolności działalności gospodarczej – wskazuje kierunek interpretacji przepisów prawa, by wątpliwości w sporach przedsiębiorców z organami administracji publicznej rozstrzygać na korzyść administrowanych⁴⁴. Zasada ta, w odniesieniu do omawianego publicznego prawa podmiotowego, jest określana również jako – *in dubio pro libertate oeconomiae*⁴⁵.

Zasadę wolności działalności gospodarczej (ustanowiona w art. 22 Konstytucji RP) określają normy wyznaczające nakazy i obowiązki odnoszone do prawodawcy podstawowego oraz organów stosujących prawo – w tym dyrektywa interpretacyjna *in dubio pro libertate*⁴⁶. Jak dalej zaakcentowano w literaturze:

konsekwencją obowiązywania konstytucyjnej zasady ochrony wolności działalności gospodarczej powinno być przyjęcie określonego sposobu interpretacji i stosowania prawa, tak aby realizowana była kolejna funkcja zasady, a mianowicie funkcja dyrektywy interpretacyjnej w procesie stosowania prawa. Należy na wstępie stwierdzić ograniczony wpływ zasady na proces stosowania prawa i brak pewnych podstaw do przyjęcia, że dyrektywa *in dubio pro libertate* została w pełni zaakceptowana w orzecznictwie wszystkich sądów⁴⁷.

Jak zaznaczył polski sąd konstytucyjny – „Trybunał Konstytucyjny uznając, iż zasada wolności gospodarczej należąc do fundamentów ustrojowych państwa przyjmuje, że zasada ta wymaga interpretacji prawa *in dubio pro libertate*”⁴⁸. Nadto, zgodnie z orzecznictwem sądowoadministracyjnym:

- 1) „zakazów i ograniczeń działalności gospodarczej nie domniemywa się, albowiem muszą być one wyraźnie ustanowione w ustawie. Domniemanie przemawia natomiast na rzecz swobody przedsiębiorcy w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej (*in dubio pro libertate*)”⁴⁹;
- 2) „wypada stwierdzić, iż – przy niepełnym przeprowadzeniu postępowania dowodowego – wyciągnięcie z niego jedynie negatywnych konsekwencji dla strony godzi w podstawową zasadę ustroju gospodarczego państwa – *in dubio pro libertate*”⁵⁰.

5.3. Prawo zabudowy nieruchomości

Zasada wolności budowlanej (publiczne prawo podmiotowe do zabudowy nieruchomości) ma szczególnie relewantne znaczenie w wyznaczaniu kierunku interpretacji przepisów prawa budowlanego, z uwagi na fakt, iż podstawową regułą wykładni w tym zakresie jest formuła *in dubio pro libertate*, zgodnie z którą przepisy prawa

⁴⁴ Z. Szażyk, A. Szafrński, *op.cit.*, s. 15.

⁴⁵ Zdanie odrębne Sędziego Mirosława Wyrzykowskiego do postanowienia TK z 28 stycznia 2004 r., Tw 74/02, OTK-B 2004, nr 1, poz. 2.

⁴⁶ J. Ciapała, *Konstytucyjna zasada wolności działalności gospodarczej*, RPEiS, Rok LXIII, 4/2001, s. 18.

⁴⁷ J. Ciapała, *Konstytucyjna wolność...*, s. 294.

⁴⁸ Wyrok TK z dnia 28 stycznia 2003 r., K 2/02, OTK 2003, nr 1, poz. 4. Także Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 17 marca 2006 r., IV SA/Wr 95/05, CBOSA.

⁴⁹ Wyrok NSA z dnia 11 stycznia 2012 r., II GSK 1365/10, CBOSA, a także uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 10 stycznia 1990 r., III CZP 97/89, OSN 1990, poz. 74, s. 6.

⁵⁰ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 15 marca 2016 r., V SA/Wa 269/15, CBOSA.

administracyjnego, w razie wątpliwości dotyczących treści normy prawnej, winny być wykładane w sposób dający pierwszeństwo dyspozycji w mniejszym stopniu ingerującej w wolności i uprawnienia podmiotu, względem którego organ stosuje prawo (a więc, zgodnie z kierunkiem interpretacji przyznającym jak najszersze uprawnienia inwestorowi)⁵¹. Koncepcja ta jest również podzielana w sądownictwie administracyjnym. Egzemplifikacją tego podejścia orzeczniczego jest zapatrywanie wyrażone przez WSA w Poznaniu, zgodnie z którym:

zgodnie z zasadą prawa wyrażającą wolność budowlaną (art. 4 Prawa budowlanego), każdy ma prawo zabudowy nieruchomości gruntowej, jeżeli wykaże prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, pod warunkiem zgodności zamierzenia budowlanego z przepisami. Wolność budowlana, poza tym, że jest zasadą prawną obowiązującą na gruncie przepisów Prawa budowlanego, to również stanowi publiczne prawo podmiotowe o charakterze wolnościowym (...). Wszelkie ograniczenia wolności muszą być zatem ustanowione wyraźnie – istnieje bowiem domniemanie na rzecz wolności przysługującej inwestorowi (*in dubio pro libertate*)⁵².

Odmienny pogląd, kwestionujący możliwość zastosowania zasady *in dubio pro libertate* w stosowaniu prawa budowlanego wyraził NSA, stwierdzając, iż zarówno poszczególne unormowania Konstytucji RP, jak i prawa budowlanego nie wprowadzają zasady *in dubio pro libertate*, która jest charakterystyczna dla prawa karnego i nie może podważać reglamentacyjnego charakteru tej szczególnej dziedziny prawa administracyjnego, czy pomijać, że zasada wolności budowlanej prawa do zabudowy wymaga zgodności zamierzenia budowlanego z przepisami prawa⁵³. Podzielam pierwsze z przytoczonych stanowisk. Po pierwsze, jak wcześniej wykazano zasada *in dubio pro libertate* ma umocowanie konstytucyjne i ustawowe. Nadto, nie jest ona charakterystyczna jedynie dla prawa karnego (*in dubio pro reo*), lecz dotyczy każdej ingerencyjnej gałęzi prawa stanowionego. Po wtóre, reglamentacyjny charakter prawa budowlanego nie jest okolicznością przekreślającą możliwość zastosowania opisywanego pryncypium (to właśnie ustanawianie przepisów ograniczających wolność zabudowy nieruchomości stanowi instrument tejże reglamentacji, a warunkiem uwzględnienia zasady *in dubio pro libertate* jest zgodność zamierzenia budowlanego z obowiązującymi unormowaniami).

Zasada interpretacyjna *in dubio pro libertate* została również uwzględniona w judykatach sądów administracyjnych, dotyczących innych zagadnień tzw. prawa administracyjnego rzeczowego, tj.: wystąpienia niejednoznacznego brzmienia przepisu ograniczającego

⁵¹ Z. Leoński [w:] Z. Leoński, M. Szewczyk, M. Kruś, *Prawo zagospodarowania przestrzeni*, Warszawa 2012, s. 253. Także S. Zwolak, *O wolności budowlanej w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zniesienia pozwolenia na budowę (Kp 7/09)*, *Ius et Administratio* 2/2014, s. 70.

⁵² Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 15 listopada 2013 r., II SA/Po 591/13, CBOSA; także – wyrok WSA w Lublinie z dnia 3 kwietnia 2012 r., II SA/Lu 66/12 oraz wyrok WSA w Lublinie z dnia 26 kwietnia 2012 r., II SA/Lu 147/12; wyrok WSA w Krakowie z dnia 17 czerwca 2016 r., II SA/Kr 565/16, CBOSA.

⁵³ Wyrok NSA z dnia 13 września 2012 r., II OSK 903/11, CBOSA; także – wyrok WSA w Białymstoku z dnia 20 stycznia 2015 r., II SA/Bk 988/14, CBOSA.

uprawnienia właściciela⁵⁴; wykładni celowościowej i funkcjonalnej unormowań umożliwiających zamianę prawa użytkowania wieczystego w prawo własności⁵⁵.

5.4. Prawo do informacji publicznej

W judykaturze sądów administracyjnych zasada *in dubio pro libertate* jest wielokrotnie powoływana w sprawach obejmujących publiczne prawo podmiotowe dostępu do informacji publicznej. Jak zaakcentowano:

Konstytucyjne prawo do informacji publicznej winno sprzyjać jak najszerzszemu obywatelskiemu dostępowi do danych publicznych. Ustrojowa doniosłość dostępu do informacji publicznej dla wszystkich obywateli i wywodzona z Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej ochrona prawa obywateli do uzyskiwania takiej informacji pozwala przyjąć, że prawo dostępu do informacji publicznej ma konstrukcję publicznego prawa podmiotowego (...). Zatem normy regulujące zarówno tryb, jak i zasady dostępu do informacji publicznej winny być wykładane z poszanowaniem podstawowej reguły *in dubio pro libertate*⁵⁶.

Nadto, stosownie do powszechnie przyjmowanego zapatrywania:

normy regulujące zarówno tryb, jak i zasady dostępu do informacji publicznej winny być wykładane z poszanowaniem podstawowej reguły *in dubio pro libertate*. Zasada jawności życia publicznego i transparentności działań władzy publicznej, które to zasady leżą u podstaw obywatelskiego prawa do informacji publicznej, realizowanego w trybie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej, mają bowiem sprzyjać sprawowaniu społecznej kontroli przez wszystkich obywateli⁵⁷.

5.5. Stosowanie sankcji publicznoprawnych (kar administracyjnych)

Należy dopuścić również możliwość zastosowania zasady *in dubio pro libertate* w postępowaniach administracyjnych dotyczących stosowania sankcji publicznoprawnych (w tym: kar administracyjnych). Zgodnie z poglądem wyrażonym w orzecznictwie:

przede wszystkim nie jest dopuszczalne stosowanie wykładni rozszerzającej przepisów, które są podstawą – jako przepisy sankcjonowane lub sankcjonujące – nakładania sankcji na jednostkę. Zasada ta odnosi się nie tylko do sankcji karnych sensu stricto, lecz także do innych sankcji publicznoprawnych (w tym administracyjnych). Ponadto w razie wątpliwości co do zakresu znaczeniowego przepisów będących

⁵⁴ Uchwała NSA z dnia 13 listopada 2012 r., II OPS 2/12; wyrok WSA w Warszawie z dnia 11 marca 2014 r., VII SA/Wa 1567/13; wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 25 maja 2015 r., II SA/Bd 255/15, CBOSA.

⁵⁵ Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 30 lipca 2010 r., II SA/Po 328/10, CBOSA.

⁵⁶ Wyrok NSA z dnia 18 lutego 2014 r., I OSK 2129/13; wyrok WSA w Krakowie z dnia 14 maja 2014 r., CBOSA; podobnie – wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 października 2013 r., II SA/Wa 1169/13, CBOSA.

⁵⁷ Wyrok NSA z dnia 20 grudnia 2013 r., I OSK 2026/13; wyrok NSA z dnia 9 października 2014 r., I OSK 546/14; wyrok WSA w Warszawie z dnia 23 stycznia 2014 r., II SA/Wa 1626/13; wyrok WSA w Warszawie z dnia 12 marca 2014 r., II SAB/Wa 603/13; wyrok WSA w Warszawie z dnia 15 kwietnia 2014 r., II SAB/Wa 97/14, CBOSA.

podstawą nakładania sankcji należy przyjąć taką wykładnię, która jest korzystna dla ochrony praw i wolności jednostki, zgodnie z zasadami *in dubio pro cive* oraz *in dubio pro libertate*⁵⁸.

5.6. Wnioski

Choć reguła *in dubio pro libertate* jest dostrzegana w orzecznictwie, ilość judykatów, gdzie powołano tę zasadę, jest relatywnie niewielka. Dodatkowo, sądownictwo stroni od definiowania czy kazuistycznego analizowania wspomnianej zasady. Wyeksponowanie omawianej reguły interpretacyjnej w prawie pozytywnym z całą pewnością wpłynie na rozwój jej analizy w judykaturze.

6. Podsumowanie

Przeprowadzone rozważania potwierdzają, iż zasada argumentacyjna *in dubio pro libertate* winna być uwzględniana w procesie stosowania prawa administracyjnego, w postępowaniach zmierzających do ograniczania uprawnień i praw jednostek, czy nakładania na podmioty administracyjnoprawne obowiązków. Zasada ta może znaleźć zastosowanie zarówno w sytuacji wątpliwości prawnych, jak też w przypadku wystąpienia wątpliwości faktycznych, po podjęciu przez organ administracyjny wszelkich czynności zmierzających do pełnego i wyczerpującego ustalenia okoliczności i determinant stanu faktycznego sprawy (w tej szczególnej sytuacji możliwość uwzględniania opisywanej zasady wykracza poza problematykę wykładni obowiązujących unormowań).

Nie można pominąć starań ustawodawcy, zmierzających do wyrażenia zasady *in dubio pro libertate* – *expressis verbis*, w odrębnej jednostce redakcyjnej tekstu prawego. Jest to uzasadnione ze względów gwarancyjnych, jednak może powodować zawężenie rozumienia opisywanego pryncypium, które skutecznie jest odkodowywane z obowiązujących już unormowań konstytucyjnych, czy ustawowych.

W orzeczeniach sądów administracyjnych zasada ta jest epizodycznie dostrzegana, jednak – judykatura powołuje się na nią w szczególnych kategoriach spraw (dotyczących publicznych praw podmiotowych: wolności gospodarczej, prawa zabudowy nieruchomości, prawa dostępu do informacji publicznej oraz obejmujących nakładanie obowiązków administracyjnych: zobowiązania podatkowe, sankcje administracyjne). Nie mam wątpliwości, iż zaakceptowanie i uwzględnianie zasady *in dubio pro libertate* również przez organy administracyjne, w procesie stosowania prawa – może stanowić „kamień milowy” we wzmacnianiu zaufania jednostek do organów państwa i stanowionego prawa, a także w zapewnianiu bezpieczeństwa prawnego i pewności prawa, czy pełnej ochrony publicznych praw podmiotowych.

⁵⁸ Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 12 lipca 2016 r., II SA/Rz 1617/15, CBOSA.

The Principle *In Dubio Pro Libertate* in Administrative Law and in Jurisprudence of Administrative Courts

In the Polish administrative law, to ensure procedural guarantees, concerned entities located on the outside of public administration, representatives of legal doctrine and administrative courts derive – from current regulations – the principle *in dubio pro libertate*. This principle is a specific rule of interpretation, which should be taken into consideration in the application of law in administrative proceedings. The judiciary recognizes the role of the described principle in matters relating to the reduction of public subjective rights (the right to build, freedom of economic activity, access to public information) or imposed on individuals obligations of public (tax liabilities, administrative sanctions). Also, the legislator aims to introduce that principle explicitly to the regulations of administrative law. The present article describes the nature of the principle *in dubio pro libertate* in administrative law, the admissibility of its application; analysis of legislative attempts, concerning that rule; as well as the judgements of judicatory, where the courts have recognized and included the principle *in dubio pro libertate* in particular cases.

Key words: *in dubio pro libertate*, rule of interpretation, jurisprudence of administrative courts

Kamil Leśniewski¹

Podniebny zabójca czy skuteczna broń? Wykorzystywanie dronów bojowych na asymetrycznym polu walki w kontekście międzynarodowego prawa humanitarnego

Streszczenie:

Celem niniejszego artykułu jest analiza praktyk targeted killing oraz signature strikes, dokonywanych za pomocą bezzałogowych statków powietrznych (BSP). Przedmiotowe praktyki są jednym z najbardziej kontrowersyjnych środków używanych w walce z globalnym terroryzmem i stawiają szereg pytań natury celowościowej, moralnej jak i prawnej. Autor prezentuje politykę targeted killing oraz signature strikes na przykładzie krajów stosujących ją w sposób najbardziej zorganizowany – Stanów Zjednoczonych oraz Izraela, a następnie przybliża stojącą za nimi taktykę wojskową. Metodą case-study zaprezentowany został model przedmiotowych praktyk. Analizie poddano również uregulowania prawa humanitarnego i orzecznictwo międzynarodowe, celem weryfikacji dopuszczalności opisywanych praktyk oraz odpowiedzi na pytanie o alternatywne możliwości efektywnego wykorzystania dronów bojowych.

Słowa kluczowe: współczesne konflikty zbrojne, prawo humanitarne, działania asymetryczne, drony bojowe

Wprowadzenie

Wojny towarzyszą ludzkości od zarania dziejów. Ich celem każdorazowo było – niezależnie od okresu, w jakim się toczyły – pokonanie przeciwnika i narzucenie mu swej

¹ Student na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. Autor publikacji z zakresu prawa humanitarnego. Swoją działalność prowadzi w kołach Lex Publica oraz Kole Prawa Wojskowego i Konfliktów Zbrojnych UJ, którego jest pomysłodawcą i założycielem.

woli. Zawsze też zwycięzcą była strona, która wykazywała się lepszymi umiejętnościami taktycznymi lub która dysponowała lepszymi środkami technicznymi walki. Analizując konflikty zbrojne, jakie miały miejsce na naszej planecie na przestrzeni wieków, trudno nie zauważyć, iż aby osiągnąć przewagę nad przeciwnikiem – a w konsekwencji odnieść nad nim zwycięstwo – niezbędny był element zaskoczenia. W czasach współczesnych kluczową rolę wielokrotnie odgrywała w tym zakresie odpowiednio dobrana taktyka oraz broń pozwalająca na szybkie, precyzyjne, a zarazem dokonane z bezpiecznej odległości uderzenie². Oba powyższe elementy, odpowiednio ze sobą skorelowane, pozwalały częstokroć na uzyskanie decydującej przewagi nad przeciwnikiem.

Przedmiotowa kwestia stała się szczególnie istotna w XXI wieku, który przez wielu nazwany został już wiekiem walki z globalnym terroryzmem, rozgrywającej się w środowisku asymetrycznym. Zarówno w naukach prawnych, jak i wojskowych, nie ma jednoznacznej zgody co do znaczenia powyższego terminu. Większość autorów charakteryzuje działania asymetryczne jako oparte na znacznych dysproporcjach. Podkreślenia wymaga fakt, iż różnice te dotyczą nie tylko sprzętu, środków finansowych, możliwości operacyjno-logistycznych czy też modelu dowodzenia, ale także filozofii oraz wartości wyznawanych przez przeciwległe strony³.

Bezpośrednio po atakach z 11 września 2001 roku George W. Bush stwierdził, iż priorytetowym zadaniem dla jego administracji powinna być walka z zagrożeniem terrorystycznym⁴. Krótco po tym zaczęto zastanawiać się, jakie podjąć działania oraz środki techniczne do walki z tak specyficznym wrogiem, jakim jest globalny terroryzm. Odpowiedzią na to miały być działania oparte o praktyki *targeted killing* i *signature strikes*, częstokroć przy szerokim wykorzystaniu bezzałogowych statków powietrznych – dronów, których to ataki, jak twierdzi R.B. Baer: „zmieniły mord polityczny w usankcjonowany instrument zarządzania państwem”⁵.

Definicje pojęć – *targeted killing*, *signature strikes*

Termin *targeted killing* znany jest głównie z praktyki sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych i Izraela⁶. W Polsce termin *targeted killing* tłumaczy się jako „selektywna eliminacja”. Tłumaczenie to wzbudza jednak duże kontrowersje. Jak trafnie zauważa i podkreśla J. Menkes, jest to eufemizm, a termin *targeted killing* należałoby przetłumaczyć jako zabójstwo kierowane lub zabójstwo celowane⁷. Podkreślić należy, iż termin ten

² Zob. M. Lloyd, *Tactics of Modern Warfare Rapid*, London 1991.

³ W. Bieńkowski, *Bezzałogowe aparaty latające na polu walki – nowe wyzwania dla prawa wojennego czy powtórka z historii?* [w:] *Międzynarodowe Prawo Humanitarne*, red. D.R. Bugajski, t. IV: *Selektywna eliminacja i rozkaz wojskowy*, Gdynia 2013.

⁴ G.W. Bush, *Remarks by the President upon Arrival*, <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010916-2.html>, 30.01.2016.

⁵ R.B. Baer, *Zabójstwo doskonałe*, Warszawa 2016, s. 16.

⁶ K. Grayson, *Special Section – Politics and War: Ethics, Opinion and Logics Six Theses on Targeted Killing*, *Politics*, No. 32, Issue 2, 2012, p. 120–128.

⁷ J. Menkes, *O zaletach poprzedzania kwalifikacji prawnej czynów analizą stanów faktycznych – uwagi kilka* [w:] *Międzynarodowe Prawo Humanitarne...*

nie został jak dotąd zdefiniowany prawnie w żadnym akcie o charakterze prawnomiędzynarodowym. Jego definicję odnaleźć można natomiast w wielu publikacjach z zakresu prawa humanitarne⁸. Przyjmując za M. Marcinko uznać należy, iż na gruncie doktrynalnym najbardziej kompleksową definicję zaproponował (w monograficznym opracowaniu *Targeted Killing in International Law*) N. Melzer, który pod pojęciem *targeted killing* rozumie: „użycie śmiertelnej siły przez podmiot prawa międzynarodowego (państwo, organizację międzynarodową) w sposób zaplanowany i rozmyślny, prowadzące do zabicia określonych osób, niepozbawionych wolności przez podmiot przeprowadzający selektywną eliminację”⁹. Należy uznać ją za trafną, gdyż obejmuje całłościowy zakres przedmiotowy zjawiska, mimo jego wielowymiarowości.

Koncepcją zbliżoną do *targeted killing* jest praktyka znana w krajach anglosaskich pod nazwą *signature strikes*. Przez termin ten rozumieć należy śmiertelny atak na osoby o nieznanym tożsamości, lecz potencjalnie niebezpieczne z racji podejrzanego zachowania, czy też przebywania w towarzystwie osób podejrzanych¹⁰. Zgodnie z tą praktyką, atakowane mogą być osoby pasujące do pewnego wzorca zachowania, uznanego odgórnie za zachowanie świadczące o działalności terrorystycznej, np. osoby znajdujące się w miejscach, które uznane zostały za opanowane przez terrorystów, osoby posiadające broń, a zarazem poruszające się w sposób zorganizowany. Informacje wywiadowcze mające na celu przygotowanie i przeprowadzenie *signature strike*, pochodzą w większości przypadków od osobowych źródeł informacji lub od komórek wywiadu elektronicznego. Część doktryny trafnie podnosi częstokroć niewystarczający poziom ich weryfikacji¹¹.

Jak można zauważyć, *signature strikes* stanowią modyfikację *targeted killing*, przenoszącą punkt ciężkości na możliwość sprawnej, a zarazem bezpiecznej dla sił sojuszników reakcji na bliżej niezidentyfikowane zagrożenie, co jest szczególnie istotne w kontekście zwalczania komórek terrorystycznych w środowisku asymetrycznym.

Praktyka *targeted killing* oraz *signature strikes* a międzynarodowe prawo humanitarne

Międzynarodowe prawo humanitarne stanowi bardzo istotną część prawa międzynarodowego publicznego¹². Poprzez zawarte w nim normy zmierzające do ochrony osób cywilnych w trakcie konfliktów zbrojnych oraz ograniczające metody i środki prowadzenia działań zbrojnych, zabrania samowolnego zabijania i restrykcyjnie ogranicza do wyjątkowych sytuacji zagrażające życiu rozwiązania siłowe¹³. W konfliktach

⁸ M. Marcinko, *Selektywna eliminacja Osamy bin Ladena w świetle prawa międzynarodowego* [w:] *Międzynarodowe Prawo Humanitarne*...

⁹ N. Melzer, *Targeted Killing in International Law*, New York 2008, p. 5.

¹⁰ M. Radziejowska, *Kontrowersje wokół dronów*, Biuletyn Polskiego Instytutu Spraw Międzynarodowych 123/13, s. 2.

¹¹ G. Hughes, *The Military's Role in Counterterrorism*, Carlisle 2011, p. 49.

¹² D. Thürer, *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context*, The Hague 2011, p. 12-15.

¹³ Zob. *Świat współczesny wobec użycia siły zbrojnej. Dylematy prawa i polityki*, red. J. Kranz, Warszawa 2009.

zbrojnych celem ataku mogą być jedynie kombataneci oraz osoby bezpośrednio biorące udział w działaniach zbrojnych. W tym miejscu należy jednak zwrócić uwagę, iż w przepisach międzynarodowego prawa humanitarnego brak jest jednoznacznej i precyzyjnej definicji drugiego z powyższych terminów¹⁴. Z kolei poza konfliktem zbrojnym użycie śmiertelnej siły dozwolone jest wyłącznie w przypadku, gdy jest to nieuniknione i spowodowane jest bezpośrednim zagrożeniem życia.

Istotne – z perspektywy niniejszego artykułu – są uregulowania czwartej Konwencji genewskiej z 1949 roku¹⁵ oraz I Protokołu dodatkowego z 1977 roku¹⁶, a w szczególności ujęte w artykułach:

- **art. 35** Protokołu Dodatkowego I do konwencji genewskich dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych w brzmieniu:
 - „1. Prawo stron konfliktu do doboru metod i środków prowadzenia wojny nie jest nieograniczone.
 - 2. Zabronione jest stosowanie broni, pocisków i materiałów, a także metod prowadzenia wojny, które mogą powodować niepotrzebne cierpienia”.
- **art. 51 ust. 4** Protokołu Dodatkowego I do konwencji genewskich dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych w brzmieniu:
 - „Zabronione są ataki bez rozróżnienia. Określenie «bez rozróżnienia» oznacza:
 - (a) ataki, które nie są skierowane przeciwko określonemu celowi wojskowemu;
 - (b) ataki, w których stosuje się metody i środki walki, jakie nie mogą być ograniczone do określonego celu wojskowego, albo
 - (c) ataki, w których stosuje się metody i środki walki, których skutki nie mogą być ograniczone, jak to nakazuje niniejszy protokół, i w następstwie tego w każdym z tych wypadków mogą godzić bezrozróżnienia w cele wojskowe i w osoby cywilne lub w dobra o charakterze cywilnym”.
- **art. 51 ust. 5 lit. (b)** Protokołu Dodatkowego I do konwencji genewskich dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych w brzmieniu:
 - „Zabrania się dokonywania ataków, co do których można przypuszczać, że spowodują niezamierzone straty wśród ludności cywilnej, ranienie osób cywilnych, szkody w dobrach o charakterze cywilnym lub takie straty i szkody łącznie nadmierne w porównaniu z oczekiwaną konkretną i bezpośrednią korzyścią wojskową”.
- **art. 57 ust. 2 lit. (a) p. (iii)** Protokołu Dodatkowego I do konwencji genewskich dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych w brzmieniu:
 - „Strony walczące powinny powstrzymać się od podjęcia ataku, który mógłby spowodować nie zamierzone straty w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienie osób cywilnych, szkody w dobrach o charakterze cywilnym lub takie straty i szkody łącznie, których rozmiary byłyby nadmierne do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej”.

¹⁴ K. Leśniewski, *Rules of engagement, czyli „snajperska licencja na zabijanie” w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 3/16, s. 138-139.

¹⁵ Dz.U. 1956 nr 38 poz. 171.

¹⁶ Dz.U. 1992 nr 41 poz. 175.

– **art. 57 ust. 2 lit. (b)** Protokołu Dodatkowego I do konwencji genewskich dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych w brzmieniu:

„Strony wojujące mają obowiązek odstąpić od ataku lub go przerwać, gdy okaże się, że jego cel nie ma charakteru wojskowego lub korzysta ze szczególnej ochrony albo że można oczekiwać, iż wywoła on nie zamierzone straty w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych lub szkody w dobrach o charakterze cywilnym albo takie straty i szkody łącznie, których rozmiary byłyby nadmierne w stosunku do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej”.

Przedstawione powyżej artykuły odnoszą się do bazowych reguł prawa konfliktów zbrojnych, a mianowicie zasad: humanitaryzmu, rozróżniania oraz proporcjonalności.

Pierwsza z wyżej wymienionych – zasada humanitaryzmu – jest fundamentem międzynarodowego prawa humanitarnego. Zgodnie ze *Słownikiem Języka Polskiego PWN*, pojęcie „humanitaryzm” oznacza: „postawę, którą cechuje szacunek dla człowieka i troska o jego dobro”¹⁷, tym samym, wedle powyższego, wszystkie strony konfliktu zbrojnego na każdym etapie działań zbrojnych winny się wzajemnie szanować¹⁸.

Zasada rozróżniania zobowiązuje z kolei strony konfliktu do rozróżniania osób cywilnych i kombatanów, a także obiektów cywilnych i wojskowych. Zgodnie z tą zasadą przedmiotem ataku nie mogą być osoby cywilne oraz obiekty cywilne. Ochrona obiektów cywilnych nie jest bezwarunkowa i bezwzględna. W sytuacji, gdy obiekt cywilny jest wykorzystywany dla celów wojskowych, traci on ochronę wynikającą z uregulowań MPH. Trafnie podnosi się, iż w sytuacji niepewności co do statusu obiektu, powinno uznać się go za obiekt cywilny¹⁹. Praktyczne zastosowanie tegoż stanowiska nastręcza jednak poważne trudności wynikające ze znacznego tempa działań taktycznych na współczesnym polu walki. W praktyce operacji wojskowych ostatniej dekady, częstokroć pojawiał się problem statusu, jaki należy przyznać świątyni, w której znajdują się osoby aktywnie biorące udział w walce. W przedmiotowym zakresie w literaturze przywołuje się m.in. powszechne przypadki z operacji *Iraqi Freedom* oraz *Enduring Freedom* obierania przez wrogich strzelców meczetów za punkt prowadzenia ostrzału wojsk sojuszników²⁰, czy też wykorzystywanie przymeczetowych minaretów celem utworzenia *ad hoc* wysuniętych punktów obserwacyjnych, mających za zadanie m.in. ułatwienie ostrzału mózdzierzowego jednostek Koalicji²¹. Sygnalizowane były także przypadki wykorzystywania zabudowań sakralnych celem składowania amunicji oraz przegrupowywania sił i wyprowadzania ataków²². Doktryna w przytłaczającej

¹⁷ *Słownik Języka Polskiego PWN*, <http://sjp.pwn.pl/sjp/humanitaryzm;2996796.html>, 28.12.2016.

¹⁸ M. Marcinko, P. Łubiński, *Wybrane zagadnienia z zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego*, Kraków 2009, s. 25-33.

¹⁹ Polski Czerwony Krzyż, *Obiekt cywilny*, <http://oph.ore.edu.pl/mod/glossary/showentry.php?course-id=1&concept=Obiekt+cywilny>, 28.12.2016.

²⁰ Nagranie zamieszczone w serwisie YouTube, ukazujące moment ataku z powietrza na minaret, będący punktem prowadzenia ognia w jednym z irackich miast, <http://www.youtube.com/watch?v=cvBMVIvGu98>, 28.12.2016.

²¹ G.S. Corn, *Snipers in the Minaret. What Is the Rule?*, *The Army Lawyer* 2005, vol. 7, p. 28-40.

²² G. Kaliciak, *Karbala. Raport z obrony City Hall*, Wołowiec 2015, s. 97.

większości trafnie aprobuje ugruntowane stanowisko, iż nie stanowi pogwałcenia norm prawa humanitarnego odpowiedź ogniowa na incydenty analogiczne do przedstawionych powyżej²³. Pamiętać należy jednak także o politycznych aspektach prowadzonej operacji – działania taktyczne, które w bieżącej perspektywie przynoszą niewątpliwą korzyść, mogą być negatywne w skutkach średnio- i długofalowych. Przykładowo, działania opisane powyżej – choć częstokroć nienaganne z punktu widzenia prawa i taktyki operacyjnej – mogą powodować wzrost niechęci do sił sojuszniczych. Skutkować może to spadkiem kluczowego dla powodzenia działań poziomu gotowości współpracy ludności danego obszaru z siłami dokonującymi ataku, czy też dostarczać stronie przeciwnej podstaw dla działalności propagandowej. W przypadku osób podejmujących działania terrorystyczne, nieposiadających statusu kombatantha, można ich zaatakować wyłącznie w przypadku, gdy biorą bezpośredni udział w działaniach zbrojnych (*direct participation in hostilities*)²⁴. W tym miejscu należy jeszcze raz podkreślić, iż w przepisach międzynarodowego prawa humanitarnego brak jest jednoznacznej i klarownej definicji tego terminu. Fakt ten skrzętnie wykorzystują zaangażowane w konflikt strony, przedstawiając częstokroć interpretacje – jak się wydaje – dalekie od ducha i *ratio legis* prawa humanitarnego²⁵.

Ostatnia z wymienionych zasad – zasada proporcjonalności – ma za zadanie zapewnić równowagę między dwoma różnymi interesami – interesem uwzględniającym potrzeby wojskowe, a interesem wynikającym wprost z zasady humanitaryzmu²⁶. Według powyższego, żadna ze stron konfliktu zbrojnego nie może wszczynać ataków, co do których nie ma pewności, że nie spowodują nadmiernych strat po stronie ludności cywilnej, i to zarówno w sferze niematerialnej, jak i materialnej. Tak ujęta zasada proporcjonalności budzi jednak sporo niejasności i jest trudna do zaakceptowania zarówno przez wojskowych, jak i prawników. Z jednej strony – pod warunkiem że celem ataku są kombatanthi – daje bowiem przyzwolenie na zabijanie osób cywilnych, z drugiej zaś strony narzuca pewne ograniczenia dla działań zbrojnych, by te nie powodowały nadmiernych strat po stronie cywilnej. Jak trafnie w swojej analizie zauważa M. Marcinko, przedmiotowa zasada nie dyskwalifikuje także operacji, które z perspektywy *ex ante* wskazują na znane prawdopodobieństwo strat cywilnych, o ile straty te są proporcjonalne do spodziewanej korzyści wojskowej²⁷.

Zauważyć należy, iż prawo nie definiuje, co należy poczytywać za nieproporcjonalny współczynnik strat cywilnych i korzyści wojskowych. Stwarza to pole do szerokiej interpretacji, a tym samym do nadużyć ze strony walczących. W wielu kręgach politycznych uważa się, iż możliwe jest matematyczne przedstawienie *in abstracto*

²³ G. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, New York 2016, p. 347.

²⁴ B. Boothby, *And for Such Time As: The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities*, New York University Journal of International Law and Politics 2010, vol. 42, p. 741-768.

²⁵ S.R. David, *Israel's Policy of Targeted Killing*, Ethics & International Affairs 2003, vol. 1, p. 111-126.

²⁶ M. Marcinko, P. Łubiński, *Wybrane zagadnienia...*, s. 35-36.

²⁷ M. Marcinko, *Między humanitaryzmem a koniecznością wojskową – znaczenie zasady proporcjonalności w planowaniu i prowadzeniu operacji militarnych*, Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego 2015, s. 185.

reguły wskazującej, iż zasada proporcjonalności została zachowana. I tak na przykład władze izraelskie wyodrębniły liczbę 3.14, jako stosunek zabitych cywilów do wyeliminowanego terrorysty (w przypadku, gdy wśród ofiar cywilnych znajdowały kobiety albo dzieci się współczynnik ten maleje)²⁸. Zgodnie więc z tą regułą zabicie ośmiu terrorystów uzasadniałoby śmierć 26 osób postronnych. Pogląd taki należy uznać za błędny i jednoznacznie go skrytykować. Sytuacja, gdy życie ludzkie sprowadza się do wartości liczbowej, powoduje przesunięcie człowieka z kategorii podmiotów do kategorii przedmiotów. Ocenę zachowania zasady proporcjonalności należy każdorazowo dokonywać *in concreto*. Wszelkie oceny dokonywane *ex ante* w oderwaniu od specyfiki danego zagrożenia i sytuacji, można uznać za co najwyżej narzędzie do wyeliminowania planów ataków *prima facie* rażąco niewspółmiernych, nigdy zaś jako element uzasadniania ataku z perspektywy *ex post*. Wydaje się także, iż proporcja powinna być odwrotna.

Wszystkie trzy powyższe zasady należy uznać za nierozłącznie wewnętrznie powiązane między sobą. Ich wykładnia wymaga każdorazowo całościowego, holistycznego spojrzenia. Realizacja zaś każdej z nich warunkowana jest przestrzeganiem innej. Obrazową alegorię w tym zakresie stanowi system naczyń połączonych.

Stanowisko USA oraz Izraela względem praktyk *targeted killing* i *signature strikes*

Opierając się na raporcie Philipa G. Alstona – przygotowanym dla Organizacji Narodów Zjednoczonych w 2010 roku – można przyjąć, iż praktykę określaną eufemistycznie jako *targeted killing* Siły Obronne Izraela (IDF) stosują od początku lat dziewięćdziesiątych XX wieku. Praktyka ta nie była jednak oficjalnie wspierana przez państwo²⁹. Dopiero po wybuchu drugiej intifady w 2002 roku Izrael zdecydował się na oficjalne ogłoszenie, iż wobec terrorystów palestyńskich stosuje politykę prewencyjnego zabijania. Za fundament stosowanej przez Izrael otwartej praktyki *targeted killing* uznaje się tzw. doktrynę Netanjahu – zawartą w opublikowanej w 1995 roku książce „Fighting Terrorism”³⁰ – której główne *credo* brzmi: „zapobiegawcze egzekucje zamiast zemsty za zamachy z przeszłości, profilaktyka zamiast terapii”³¹.

Pomimo rządowej przychylności do powyższej polityki, aż do 2002 roku nie wypracowano abstrakcyjnie ujętych warunków dopuszczalności prewencyjnego użycia śmiertelnej siły wobec osób uznanych za stwarzające zagrożenie terrorystyczne, posługując się każdorazowo oceną, według kryteriów przyjmowanych *ad hoc*. Opracowanie przedmiotowych reguł jest kwestią szczególnie istotną z prawnego punktu widzenia, gdyż stanowią one warunek *sine qua non* rzetelnej kontroli legalności działań

²⁸ E.R. Koch, *Licencja na zabijanie*, Warszawa 2015, s. 290.

²⁹ P.G. Alston, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, United Nations, New York 2010, p. 5-7.

³⁰ Zob. B. Netanyahu, *Fighting Terrorism: How Democracies Can Defeat Domestic and International Terrorists*, New York 1995.

³¹ E.R. Koch, *Licencja...*, s. 285.

targeted killing. Dopiero w kwietniu 2002 roku Izraelskie Siły Obronne wypracowały cztery abstrakcyjne warunki dokonywania prewencyjnych egzekucji³²:

1. Muszą istnieć jednoznaczne i wiarygodne informacje, że osoba, co do której planuje się egzekucję, planuje w najbliższym czasie zamach terrorystyczny lub chce go zrealizować.
2. Nie ma zgody władz Autonomii Palestyńskiej na aresztowanie bądź wydanie terrorysty.
3. Próby aresztowania terrorysty przez IDF (Izraelskie Siły Obronne) nie dały rezultatu.
4. Egzekucja musi zapobiegać przyszłym zamachom, które mogłyby pochłonąć wiele ofiar, a nie być odwetem za zamachy, które już miały miejsce.

Powyższe warunki zostały tak sformułowane, aby można było je w sposób bardzo elastyczny interpretować, czyniąc je częstokroć iluzorycznymi.

W 2006 roku Sąd Najwyższy Izraela w odpowiedzi na skargę – wniesioną przez dwie organizacje pozarządowe – przeciwko oficjalnej polityce celowego zabijania (skarga nr HCJ 769/02) orzekł³³, że celowe zabijanie cywilów jest usprawiedliwione jedynie wówczas, gdy osoby te w sposób bezpośredni uczestniczą we wrogich działaniach. Stwierdził ponadto, że za osoby biorące bezpośredni udział w działaniach zbrojnych należy uznać także te, które wydały rozkaz ataku i go zaplanowały. Dodatkowo Sąd Najwyższy wskazał cztery warunki, które muszą być spełnione, aby zamach na osobę cywilną mógł być uznany za zasadny, a mianowicie:

1. Przed dokonaniem egzekucji należy zweryfikować tożsamość osoby będącej celem, jak również jej bezpośrednie związki z działaniami wrogimi.
2. Egzekucja osoby będącej celem jest ostatecznością i należy ją wykonać wyłącznie w przypadku, gdy inne, mniej drastyczne środki, zawiodą.
3. Po każdej operacji, w której osoba będąca celem została zlikwidowana, należy cały proces, tj. identyfikację tożsamości osoby oraz przebieg samego zamachu, poddać niezależnej kontroli.
4. Straty wśród osób postronnych winny być współmierne do wymagań międzynarodowego prawa humanitarnego.

W tym miejscu należy zauważyć, iż powyższe warunki zasadniczo różnią się od warunków z 2002 roku. Są bardziej rygorystyczne, jednakże w dużej mierze dalej zawierają pojęcia nieostre. Sędziowie trafnie zaznaczyli – często bagatelizowaną – konieczność jednoznacznej weryfikacji tożsamości osoby będącej celem ataku bezpośrednio przed jego dokonaniem. Praktyka tego typu w znaczny sposób minimalizuje możliwość śmierci osób postronnych.

W przypadku Stanów Zjednoczonych Ameryki praktykę *targeted killing* zaczęto stosować po 11 września 2001 roku. W następstwie ataków na wieże WTC Kongres USA w dniu 18 września 2001 roku upoważnił prezydenta Busha do podjęcia wszelkich koniecznych środków w celu zapobieżenia działaniom terrorystycznym wymierzonym przeciw USA³⁴. W 2012 roku ówczesny Prokurator Generalny Stanów Zjednoczonych,

³² *Ibidem*, s. 286–287.

³³ Wyrok Sądu Najwyższego Izraela z dnia 11.12.2005 r., skarga nr HCJ 769/02.

³⁴ Tekst rezolucji dostępny jest pod adresem <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ40/html/PLAW-107publ40.htm>, 28.12.2016.

Eric Holder³⁵, wskazał przesłanki, którymi kieruje się administracja amerykańska, podejmując decyzję o eliminacji danej osoby:

1. Osoba mająca być celem ataku stwarza bliską i nieuchronną groźbę gwałtownego ataku przeciw Stanom Zjednoczonym.
2. Nie ma możliwości pojmania osoby będącej celem.
3. Zabójstwo jest zgodne z prawem międzynarodowym.

Jak można zauważyć, powyższe przesłanki są bardzo zbliżone do warunków, jakie wskazał Sąd Najwyższy Izraela w odpowiedzi na skargę przeciwko oficjalnej polityce celowego zabijania (skarga nr HCJ 769/02).

Wykorzystywanie bezzałogowych statków powietrznych (BSP) przez siły zbrojne USA i Izraela w walce z terroryzmem

Drony bojowe, jako środek techniczny przeznaczony do walki z przeciwnikiem, generalnie nie budzą zastrzeżeń. Kontrowersje wzbudza natomiast sposób, w jaki są one wykorzystywane do walki w środowisku asymetrycznym. Bezzałogowe statki powietrzne są analogicznym rodzajem broni do samolotów, bądź helikopterów. Osiągają one jednak nad nimi znaczną przewagę, gdyż mogą w sposób ciągły (w powietrzu mogą utrzymywać się nawet do 24 godzin)³⁶ uczestniczyć w walce i na bieżąco przysyłać obrazy z pola walki³⁷. Mają zdolność do zmiany kierunku wystrzelonego pocisku, zanim uderzy on w cel. Ich atutem jest również wielkość, skuteczność i fakt, że są niewykrywalne dla przeciwnika. Największą jednak zaletą dronów jest to, że operatorzy, którzy nimi sterują, nie są narażeni na ryzyko utraty życia, tak jak ma to miejsce w przypadku pilotów samolotów czy helikopterów. Znajdują się bowiem tysiące kilometrów od miejsca walki.

Jak wspomniano już wcześniej, pierwszym państwem stosującym praktykę *targeted killing* był Izrael. Miało to miejsce 16 lutego 1992 roku w Libanie. W tym dniu izraelski pocisk raketowy powietrze-ziemia uderzył w samochód marki Mercedes, którym podróżował sekretarz generalny Hezbollahu, szejk Abbas al-Musawi wraz z rodziną – sześciolatkiem synem oraz żoną. Szejk zginął na miejscu. Śmierć poniosła również żona szejka i jego pięcioletni syn, a więc osoby niezaangażowane w konflikt izraelsko-palestyński³⁸. Podstawą decyzji o przeprowadzeniu ataku był obraz, jaki przekazywany był z drona obserwującego konwój, w którym poruszał się szejk Abbas al-Musawi. Zachodzi zatem pytanie, czy odpalając raketę zdawano sobie sprawę, że dokonując egzekucji na terroryście, zabija się również niewinne osoby? Pytany o tę kwestię Iftach Spector, emerytowany generał sił powietrznych Izraela, w jednym z wywiadów stwierdził: „Gdyby wiedzieli, że strzelają nie tylko do samego al-Mussawiego, ale i jego żony

³⁵ U.S. attorney general justifies 'targeted kill' programme, <http://www.theguardian.com/world/2012/mar/05/attorney-general-targeted-kill-programme>, 28.12.2016.

³⁶ M.E. Garlasco, *Precisely Wrong: Gaza Civilians Killed by Israeli Drone-launched Missiles*, New York 2009, p. 4.

³⁷ M. Adamski, *Bezzałogowe statki powietrzne. Konstrukcja, wyposażenie i eksploatacja*, Dąblin 2015, s. 99–126.

³⁸ R.B. Baer, *Zabójstwo...*, s. 244.

i dziecka, wtedy byłoby to niezgodne z prawem i niemoralne”³⁹. Zdaniem izraelskiego dziennikarza śledczego Ronena Bergmana, izraelski wywiad wojskowy dysponował informacjami, które jednoznacznie wskazywały na obecność żony i dziecka w samochodzie, którym podróżował szejk Abbas al-Musawi⁴⁰. Pomimo tej wiedzy podjęto decyzję o egzekucji szejka. Następstwem ataku było zerwanie nieformalnego zawieszenia broni między Izraelem a Hezbollahem. Przyjmując powyższe doniesienia za prawdziwe, należy uznać przedmiotowy atak za niezgodny z zasadą rozróżniania oraz proporcjonalności. Ataku dokonano w terenie zurbanizowanym, co było czynnikiem dodatkowo zwiększającym zagrożenie dla osób postronnych. Nadmienić w tym miejscu należy, iż optymalnym rozwiązaniem do działań w tego typu terenie zdają się być operacje typu *capture*, mające na celu pojmanie jednostki, a nie jej eliminację. W znacznym stopniu chronią one ludność cywilną przed przypadkowym ostrzałem, jednakże wiążą się z większymi nakładami finansowymi oraz zagrożeniem dla osób-żołnierzy je przeprowadzających (które to w przypadku ataku z powietrza jest zminimalizowane).

Innym przypadkiem, odpowiednio obrazującym analizowaną kwestię, jest incydent będący udziałem programu selektywnej eliminacji za pomocą BSP przez Stany Zjednoczone. W dniu 4 lutego 2002 roku, w afgańskiej prowincji Paktia, w okolicach miasta Khost miał miejsce atak BSP *MQ-1 Predator*⁴¹. Do eliminacji celu użyty został pocisk *AGM-114 Hellfire*⁴², co potwierdził Donald Rumsfeld, mówiąc: „A decision was made to fire the Hellfire missile. It was fired”⁴³. W wyniku uderzenia pocisku śmierć poniosło troje osób cywilnych. Ich tożsamość została ustalona w sposób nie budzący wątpliwości przez reporterów wojennych „New York Times” niedługo po incydencie⁴⁴. Według słów Donalda Rumsfelda, celem ataku miała być najbardziej poszukiwana ówczesnie osoba świata, tj. Osama bin Laden⁴⁵. Dlaczego więc śmierć poniosło troje osób cywilnych? Zgodnie z raportami, mężczyźni znajdowali się w pobliżu dawnej mudżahedińskiej bazy, która według analiz wywiadowczych służyła na przełomie stulecia do celów operacyjnych Talibów. Jeden z nich wyglądem i posturą przypominał lidera *Al-Qaeda* i był wyraźnie darzony szacunkiem przez pozostałych dwóch mężczyzn. Zaznaczyć należy, iż siły koalicyjne były w tym czasie w posiadaniu zweryfikowanych informacji wywiadowczych, iż pod koniec 2001 roku w okolicach miasta Khost przebywał Osama bin Laden. Trzy miesiące przed przedmiotowym incydem Centralna Agencja Wywiadowcza zleciła Richardowi Beckowi (University of Cincinnati) oraz Johnowi Shroderowi (University of Nebraska) wykonanie wielopłaszczyznowej ekspertyzy opu-

³⁹ E.R. Koch, *Licencja...*, s. 279.

⁴⁰ R. Bergman, *Mossad Zeros in on Tehran's Nuclear Program*, <http://www.spiegel.de/international/world/israel-s-shadowy-war-on-iran-mossad-zeros-in-on-tehran-s-nuclear-program-a-739883-3.html>, 28.12.2016.

⁴¹ M. Adamski, *Bezzałogowe...*, s. 47-50.

⁴² Assistant Secretary of the Army for Acquisition, Logistics and Technology, *Weapon Systems Handbook*, Washington D.C. 2016, p. 52-53.

⁴³ A. McDonald, *Yearbook of International Humanitarian Law*, The Hague 2002, p. 758.

⁴⁴ J.F. Burns, *A nation challenged the manhunt*, <http://www.nytimes.com/2002/02/17/world/a-nation-challenged-the-manhunt-us-leapt-before-looking-angry-villagers-say.html>, 28.12.2016.

⁴⁵ A. McDonald, *Yearbook...*, p. 758-759.

blikowanych przez *Al-Qaeda* 7 października 2001 roku nagrań wideo. Z przedstawionej przez obu ekspertów opinii jednoznacznie wynikało, iż formacja geologiczna widoczna na nagraniu odpowiada tej występującej w prowincjach Paktia oraz Paktika wschodniego Afganistanu⁴⁶. Kilka dni po przedmiotowym incydencie rzeczniczka Pentagonu, Victoria Clark, stwierdziła: „Jesteśmy przekonani, iż cele operacji zostały dobrane prawidłowo. Nie znamy jednak na chwilę obecną ich tożsamości”⁴⁷. Powyższa wypowiedź nie zawierała jasnego i precyzyjnego wskazania zagrożenia ze strony osób, które zginęły w wyniku uderzenia pocisku *Hellfire*. Wskazywała także, iż ataku dokonano zgodnie z opisanymi powyżej założeniami *signature strikes*, które niestety zawiodły.

Jak wynika z raportów organizacji walczących o prawa człowieka, tylko w Afganistanie pomiędzy styczniem 2012 r. a lutym 2013 r. miało zginąć od ataków zgodnych z praktyką *signature strikes* BSP więcej niż 200 osób, z czego wśród nich było zaledwie 35-ciu terrorystów⁴⁸. Mimo napływających sygnałów o ofiarach cywilnych, praktyka nie uległa w dalszym ciągu zmianie (grudzień 2016). W 2016 roku Misja Wsparcia Narodów Zjednoczonych w Afganistanie (UNAMA) potwierdziła śmierć 15 osób cywilnych w ataku bezzałogowego statku powietrznego, który miał miejsce w sierpniu przedmiotowego roku. Jak w większości przypadków ofiarami byli mężczyźni w wieku poborowym, błędnie rozpoznani jako rebelianci⁴⁹. W rzeczywistości byli to m.in. studenci. Powyższe liczby napawają poważnym niepokojem. Duża liczba ofiar cywilnych w sposób bezpośredni przyczyniać się może do eskalacji konfliktu, a tym samym w perspektywie średnio- i długoterminowej niwelować ewentualne korzyści wojskowe płynące z ataku. Efektem jest wzrost poziomu wrogości względem krajów stosujących wspomnianą praktykę, co może być czynnikiem pośrednio zwiększającym zagrożenie terrorystyczne oraz napędzającym spiralę przemocy. Przykładem może być tu śmierć szejka Abbasa al-Musawiego i jego rodziny. Niespełna miesiąc po przedstawionych wyżej wydarzeniach, zamachowiec samobójca w odwecie zdetonował kierunkowy ładunek wybuchowy przed ambasadą Izraela w stolicy Argentyny. W wyniku ataku śmierć poniosło 29 osób, zaś ponad 200 zostało rannych⁵⁰. Przedstawione dane są także jaskrawym dowodem na nieprzystawanie wówczas przyjmowanych założeń *signature strikes* do opisanych powyżej podstawowych założeń prawa humanitarnego, czyniąc zasadę rozróżniania, proporcjonalności oraz humanitaryzmu iluzoryczną, oderwaną od realiów teorią.

Podsumowanie

Zdania na temat słuszności używania uzbrojonych bezzałogowych statków powietrznych do celów bojowych są w chwili obecnej bardzo podzielone. Dla jednych jest to broń

⁴⁶ M. Kunnen-Jones, *Scouting Out Al Queda: Researcher Develops New Methods of Counter-Terrorism*, <http://www.uc.edu/news/beckter.htm>, 28.12.2016.

⁴⁷ H. Gusterson, *Drone: Remote Control Warfare*, London 2016, p. 13–14.

⁴⁸ J. Scahill, *The drone papers*, <http://theintercept.com/drone-papers/the-assassination-complex>, 30.12.2016.

⁴⁹ J. Smith, *U.S. drone strike kills 15 civilians in Afghanistan*, <http://www.reuters.com/article/us-afghanistan-airstrike-idUSKCN1200FW>, 30.12.2016.

⁵⁰ R.B. Baer, *Zabójstwo ...*, s. 245–246.

niemoralna, od której giną cywile⁵¹. Drudzy natomiast uważają ją za broń precyzyjną, wydającą, częstokroć ratującą życie żołnierzom. Raporty statystyczne, o których mowa powyżej, przesłaniają jednakże walory BSP. Problematiczna wydaje się jednak nie sama broń – nienaganna z technicznego punktu widzenia – ale przyjęta wobec niej taktyka operacyjna. Dron bojowy jest bezspornie narzędziem walki, które odegra kluczową rolę w XXI wieku. Już w chwili obecnej państwa, takie jak Stany Zjednoczone, rokrocznie zmniejszają liczbę śmigłowców bojowych, czy samolotów wielozadaniowych na rzecz konstrukcji takich, jak *MQ-1 Predator* czy *MQ-9 Reaper*. Ich użycie w asymetrycznych działaniach zbrojnych pozwala na znaczne oszczędności finansowe oraz widocznie zwiększa efektywność i możliwości operacyjne sił, na wyposażeniu których się znajdują. Dzięki nim, przy stosunkowo małych nakładach osobowych, możliwa stała się kontrola nad ogromnymi połaciami terenu, oddalonymi od siebie o setki kilometrów. Wprowadzanie BSP w znacznym stopniu zwiększyło możliwości szybkiego udzielenia wsparcia ogniowego pododdziałom znajdującym się pod wrogim ostrzałem, czy też dało możliwość dodatkowej osłony dla działań sił specjalnych, odbywających się na niedostępnych terenach plemiennych pogranicza Afganistanu i Pakistanu. Przy wszystkich wyżej wymienionych korzyściach płynących z bojowego użycia dronów, pamiętać należy, iż działania realizowane z ich pomocą nie mogą jednak naruszać fundamentów prawa humanitarnego, powodując nieadekwatne straty wśród ludności cywilnej.

Wykładowca wojskowej akademii West Point, podpułkownik Dave Grossman, w opublikowanej w 1995 roku książce *On killing*⁵² opisał obszernie psychologiczną awersję żołnierzy do zabijania drugiego człowieka. Pozycja ta do dziś pozostaje lekturą obowiązkową dla słuchaczy amerykańskiej Akademii. Z przeprowadzonych przez Grossmana badań wynika, iż przedmiotowa niechęć wykazuje tendencję wzrostową, wraz ze zmniejszaniem się dystansu między walczącymi – walka w zwarcu jest punktem kulminacyjnym. Stosowanie taktyki związanej z użyciem dronów, jako śmiercionośnej broni, pozwala w dużej mierze zaradzić powyższemu problemowi. Obraz na ekranie, który odbiera operator bezzałogowego statku, pozwala częstokroć odhumanizować cel. Człowiek przestaje być człowiekiem, stając się bezimiennym celem. W sytuacji takiej – pozornie idealnej dla celów prowadzenia działań wojennych, gdyż znacznie zmniejszone zostaje napięcie psychiczne, a tym samym zwiększa się wartość bojowa jednostki – następuje szereg aspektów negatywnych, które z perspektywy prawa humanitarnego zdają się przeważać szale. Z perspektywy psychologicznej dużo łatwiej jest wydać decyzję o użyciu siły wobec tak odhumanizowanego celu. Częstokroć jest ona używana zbyt pochopnie, o czym świadczą zaprezentowane w niniejszym artykule przypadki.

Jak zostało wykazane, w wyniku stosowania przez siły zbrojne Izraela i USA praktyk *targeted killing* i *signature strikes* – w szczególności przy użyciu BSP – zginęło o wiele więcej osób cywilnych niż kombatantów. Naruszona została więc – w sposób

⁵¹ W.J. Bober, *Czy korzystanie z bojowych bezzałogowych pojazdów latających jest moralnie problematyczne?* [w:] *Systemy dronów bojowych. Analiza problemów i odpowiedź społeczeństwa obywatelskiego*, red. K. Kowalczevska, J. Kowalewski, Warszawa 2015.

⁵² Zob. D. Grossman, *On Killing: The Psychological Cost of Learning to Kill in War and Society*, New York 1996.

bezsportny – zasada rozróźniania oraz proporcjonalności, częstokroć w myśl błędnie pojmowanej zasady przytoczonej przez Carla Schmitta w rozprawie „Teoria partyzanta”, iż „z partyzantem należy walczyć po partyzancku”⁵³. Tym samym zatraceniu ulega idea leżąca u podstaw prawa humanitarnego – ochrona ludności cywilnej oraz jak najbardziej humanitarny sposób prowadzenia walki.

Były izraelski Minister Sprawiedliwości, a zarazem sędzia Sądu Najwyższego, Haim Cohn, trafnie stwierdził, iż w państwie hołdującym idei trójpodziału władzy oraz państwa prawa, wydawanie wyroków śmierci leży w gestii wymiaru sprawiedliwości, a nie władzy wykonawczej⁵⁴. Mające tamże zastosowanie reguły zapewniające możliwość apelacji gwarantują zachowanie godności człowieka i trafności podjętych decyzji na odpowiednio wysokim poziomie. Pogląd powyższy należy zaaprobować oraz mieć go na uwadze, rozważając problematykę praktyk *targeted killing* i *signature strikes*, które częstokroć, mimo faktycznej możliwości pojmania danej osoby, skutkują jej eliminacją, przeradzając się w akcje karząco-odwetowe⁵⁵.

* * *

Sky Killer or Effective Weapon? The Use of Combat Drones on Asymmetrical Battlefield from the Perspective of Humanitarian Law and Military Tactics

The article presents theses on targeted killing as an example of the use of UCAVs - Unmanned Combat Aerial Vehicles. Targeted killing is one of the most controversial tactics employed in the war on terrorism and it is a political, moral and legal problem. International humanitarian law permits the use of lethal force in only two cases, law enforcement and just war. This article presents the policy of targeted killings and signature strikes on the example of liberal regimes, such as United States and Israel. The author uses the case-study method to show how targeted killing and signature strikes are conducted. The paper analyzes case-law of international courts and regulations of the humanitarian law, and evaluates if the UCAVs can be efficiently applied in modern asymmetric warfare.

Key words: modern armed conflicts, international humanitarian law, asymmetric warfare, unmanned combat aerial vehicle

⁵³ C. Schmitt, *Teoria partyzanta*, Warszawa 2016, s. 31.

⁵⁴ E.R. Koch, *Licencja...*, s. 302.

⁵⁵ M. Kowalski, *Prawo do samoobrony jako środek zwalczania terroryzmu międzynarodowego*, Warszawa 2013, s. 249.

Patrycja Jankowska¹

Detencja cudzoziemców w Polsce – granice konfliktu interesów

Streszczenie:

Artykuł dotyczy dyskrejonalnych kompetencji organów administracji publicznej w zakresie detencji stosowanej wobec cudzoziemców przebywających na terytorium Polski. Stanowi on polemiczny głos w dyskusji prowadzonej nad przesłankami i zakresem stosowania środków detencyjnych, zwłaszcza w kontekście współczesnych zagrożeń związanych z masową imigracją.

Syntetyczną charakterystykę uznania administracyjnego i towarzyszących jej instytucji autorka przedstawia na tle procesu stosowania prawa, w którym nie ma miejsca na całkowicie swobodną interpretację jego norm. W tym kontekście ocenia również zasadność stosowanej wobec cudzoziemców detencji udowadniając, że nie należy ona do instrumentów prowadzonej przez państwo polityki azylowej.

Słowa kluczowe: władza dyskrejonalna, detencja, cudzoziemiec, imigracja, azyl, terytorium, izolacja, uchodźca, decyzja, identyfikacja, ochrona, porządek publiczny, prawa człowieka, nielegalny, baza danych, granica państwowa, przestępstwo, administracja publiczna, ucieczka, legitymować, ochrona, przymus, ochrona granicy, weryfikacja, wolność, dokument podróży, ekspulsja, pomoc prawna, prawo międzynarodowe, interes publiczny, polityka azylowa

1. Wstęp

Funkcjonujące w Polsce ośrodki detencyjne dla cudzoziemców były już nieraz przedmiotem różnego rodzaju polemik i krytycznych zazwyczaj ocen. Działalność tych instytucji wielokrotnie też poddawana była badaniom prowadzonym przez różne

¹ Autor jest doktorantem na Wydziale Prawa Uniwersytetu Łódzkiego w Łodzi.

organizacje pozarządowe². Obserwowane od kilkunastu miesięcy zjawisko masowej imigracji do Europy, głównie z Afryki i krajów Bliskiego Wschodu, pozwala prognozować wzrost liczby cudzoziemców umieszczanych także w polskich ośrodkach strzeżonych. Tymczasem prowadzona obecnie polemika dotyczy głównie ochrony praw podmiotowych cudzoziemców, wobec których są stosowane środki detencyjne oraz zakresu stosowania detencji, szczególnie w kontekście istniejącej od niedawna możliwości korzystania ze środków alternatywnych³.

Wszelkie działania mające na celu wzmacnianie praworządności, w tym także ochronę praw podmiotowych azylantów, zawsze zasługiwały na poparcie. Dostrzegając jednak rosnącą obecnie w Europie skalę zagrożeń terroryzmem i transgraniczną przestępczością zorganizowaną, słusznym skądinąd rekomendacjom zawartym w treści raportów przygotowanych przez niektóre organizacje pozarządowe⁴ powinny towarzyszyć rozwiązania systemowe, pozwalające równocześnie na skuteczną ochronę najważniejszych interesów państwa. Problem jest złożony, zważywszy na fakt, iż działania prawne preferujące bezpieczeństwo i kontrolę kosztem ochrony indywidualnych praw podmiotowych nieraz już poddawane były krytyce⁵.

Formalno-prawne przesłanki stosowania detencji przewidziane zarówno w ustawie o cudzoziemcach (uCudz.)⁶, jak też w ustawie o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (uCudzO)⁷, wymagają oczywiście indywidualnej oceny w każdym prowadzonym w danej sprawie postępowaniu.

Umieszczenie cudzoziemca w ośrodku strzeżonym ma na celu zagwarantowanie prawidłowego przebiegu prowadzonego wobec niego postępowania, w tym głównie czynności realizowanych z jego udziałem. Ma również na celu zapewnienie możliwości skutecznej realizacji orzeczeń wydawanych w takim postępowaniu, szczególnie tych o charakterze ekspulsyjnym.

Zasadność stosowania środków detencyjnych można oceniać w oparciu o różne kryteria, w tym także *ex post*, tzn. w kontekście ostatecznych rozstrzygnięć wydanych wobec cudzoziemca w administracyjnym toku instancji, jak też orzeczeń wydanych w jego sprawie przez właściwe sądy administracyjne.

² Monitoring ośrodków strzeżonych prowadziły m.in. takie organizacje, jak: Helsińska Fundacja Praw Człowieka (HFPR), Fundacja Instytut na rzecz Państwa Prawa (FIPP), Fundacja Przeciwko Handlowi Ludźmi i Niewolnictwu „La Strada”, Centrum Pomocy Prawnej im. Haliny Nieć, Amnesty International Polska i Stowarzyszenie Interwencji Prawnej (SIP).

³ Zob. art. 398 ust. 3 Ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach oraz art. 88 ust. 1 Ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

⁴ Na przykład raport HFPC *Migracja to nie zbrodnia*, <http://www.hfhr.pl/raport-migracja-to-nie-zbrodnia/>, dostęp: grudzień 2016; raport FIPP *Stosowanie detencji wobec cudzoziemców. Raport z monitoringu i rekomendacje*, <http://panstwoprawa.org/publikacje/>, grudzień 2016.

⁵ S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, 3rd Ed., Oxford 2012, p. 7.7.1., źródło: cyt. za: T. Sieniow, *Detencja cudzoziemców a międzynarodowe standardy ochrony praw człowieka* [w:] *Stosowanie detencji wobec cudzoziemców. Raport...*, s. 22.

⁶ Dz.U. 2013 poz. 1650 ze zm.

⁷ Tekst jedn. Dz.U. 2012 poz. 680 ze zm.

2. Instytucja uznania administracyjnego a zasadność stosowania wobec cudzoziemców środków detencyjnych

Zakończenie postępowania niekorzystną dla cudzoziemca decyzją nie zawsze potwierdza jednak zasadność uprzednio stosowanej wobec niego detencji, podobnie jak wydanie decyzji korzystnej nie zawsze podważa zasadność wcześniejszego jej stosowania. Właściwa ocena przesłanek uzasadniających stosowanie środków detencyjnych powinna być zatem prowadzona w oparciu o czytelny aparat pojęciowy i z wykorzystaniem przydatnych w tym procesie instytucji prawa administracyjnego. Jedną z nich jest niezdefiniowana ustawowo instytucja uznania administracyjnego. Pomimo swego czysto teoretycznego charakteru, ma ona także istotne znaczenie praktyczne. Konieczność dostosowania skutków działania norm prawnych do określonych stanów faktycznych wymaga bowiem stworzenia w systemie prawa określonych luzów decyzyjnych⁸. W tym też obszarze funkcjonuje administracyjne uznanie, które na gruncie ustroju państwa prawnego określane bywa jako: „(...) przekazanie przez władzę ustawodawczą innym organom państwa kompetencji rozstrzygania w pewnych przypadkach i granicach w sposób nieskrępowany przez normę prawną”⁹.

Oparcie kompetencji dyskrejonalnych o upoważnienie wynikające z konkretnie określonych norm prawnych nie tylko wyklucza zupełną swobodę działania organu. Zabronione jest również domniemanie istnienia uznania i stosowanie w tym zakresie wykładni rozszerzającej¹⁰.

Z konstrukcją uznania administracyjnego powiązane są występujące w tekstach aktów prawnych zwroty niedookreślone i klauzule generalne. W procesie wykładni określonych norm prawnych pojawiają się czasem wątpliwości interpretacyjne, których nie rozwiązują wprowadzone do aktu prawnego definicje legalne. Jeśli konkretne zwroty użyte przez prawodawcę cechuje niepełna treść pojęciowa, ustalenie ich znaczenia wymaga uwzględnienia okoliczności faktycznych danej sprawy. Katalog zwrotów niedookreślonych zawierać może np. pojęcia takie, jak: „bez zbędnej zwłoki”, „z należytą starannością”, „w niewielkich ilościach”. Podobnie jak w przypadku zwrotów niedookreślonych, także klauzule generalne wymagają w procesie stosowania prawa odniesienia do konkretnych okoliczności, pozwalających na ustalenie ich znaczenia. Stanowią one bowiem jedynie pewien element interpretowanego przepisu, odsyłający do ważnych z punktu widzenia ustawodawcy i społeczeństwa ocen pozasystemowych. Przykładami często występujących w treści aktów prawnych klauzul generalnych są pojęcia: „interesu publicznego”, „ważnego interesu strony”, czy „zasad

⁸ Por. M. Jaśkowska, *Uznanie administracyjne w orzecznictwie sądów administracyjnych*, Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego 2010, nr 5–6, s. 168 oraz I. Bogucka, *Państwo prawne a problem uznania administracyjnego*, PiP 1992, nr 10, s. 37.

⁹ M. Zimmermann, *Pojęcie administracji publicznej a „swobodne uznanie”*, Warszawa 2009, s. 49.

¹⁰ Z. Duniewska, *Podstawowe pojęcia prawa administracyjnego* [w:] *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, red. M. Stahl, Warszawa 2013, s. 95.

współżycia społecznego”¹¹. Wypada też wspomnieć w tym miejscu, że w doktrynie prawa administracyjnego przeważają poglądy, w myśl których czynności związane z interpretacją pojęć nieostrych i klauzul generalnych nie wchodzą w zakres dyskrecyjnych kompetencji organów administracji publicznej. Relatywizacją swobodnego uznania jest także zakładanie istnienia tych kompetencji wszędzie tam, gdzie pojęcia nieostre występują¹².

Dla prowadzonych tu rozważań istotne jest też pojęcie interesu, rozumianego zarówno w kontekście społecznym (interes publiczny), jak też jednostkowym (interes prywatny, indywidualny). Samo pojęcie interesu ma niewątpliwie charakter wieloznaczny i abstrakcyjny, wiązany często ze źródłem określonych korzyści, albo też z subiektywnie odczuwanymi potrzebami¹³. W płaszczyźnie regulowanej normami prawa administracyjnego istotne znaczenie ma jednak przede wszystkim ustawowo niezdefiniowane pojęcie interesu prawnego strony postępowania. Na podstawie analizy orzecznictwa sądów administracyjnych można przyjąć, że oprócz normy prawnej stanowiącej podstawę jego istnienia, powinien się on przede wszystkim cechować indywidualnością, konkretnością oraz obiektywną sprawdzalnością odnoszącą się do konkretnych okoliczności faktycznych, będących zarazem przesłankami zastosowania przepisów prawa materialnego¹⁴. Dyrektywa równorzędnego traktowania obu tych interesów wynika z wykładni niektórych przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego (k.p.a.)¹⁵, w tym głównie z treści art. 7 *in fine*. Pogląd taki potwierdza orzecznictwo sądów administracyjnych, w którym czytamy, że: „Organ administracji, działający na podstawie przepisów prawa materialnego przewidujących uznaniowy charakter rozstrzygnięcia, jest obowiązany – zgodnie z zasadą z art. 7 k.p.a. – załatwić sprawę w sposób zgodny ze słusznym interesem obywatela, jeśli nie stoi temu na przeszkodzie interes społeczny, ani nie przekracza to możliwości organu administracji wynikających z przyznanych mu uprawnień i środków”¹⁶. Odnosząc się natomiast do zakresu prowadzonego w danej sprawie postępowania dowodowego sądy zwracały uwagę na fakt, iż ocena tego zakresu należy do wyłącznej kompetencji organu. W wyroku z dnia 14 listopada 2014 r. NSA stwierdził, że: „Organy administracji mają obowiązek podejmować czynności niezbędne do wyjaśnienia sprawy, nie zaś wszelkie możliwe do przeprowadzenia czynności (...)”¹⁷.

Przechodząc do pojęcia interesu publicznego, należałoby w pierwszym rzędzie podkreślić jego dynamiczny charakter oraz fakt, że na ocenę jego znaczenia w konkretnej sytuacji wpływają czynniki położone zarówno w płaszczyźnie doktrynalnej, jak też

¹¹ Więcej na temat klauzul generalnych w A. Choduń, A. Gomułowicz, A.P. Skoczylas, *Klauzule generalne i zwroty niedookreślone w prawie podatkowym i administracyjnym*, Warszawa 2013, s. 32–38.

¹² M. Zimmermann, *Pojęcie administracji publicznej...*, s. 85. Podobnie M. Mincer, *Uznanie administracyjne*, Toruń 1983, *passim*.

¹³ R. Longchamps de Brier, *Wstęp do nauki prawa cywilnego*, Lublin 1922, s. 63.

¹⁴ Por. Wyrok NSA z 9.12.2005 r., II OSK 310/05, LEX nr 190891.

¹⁵ Tekst jedn. Dz.U. 2013 poz. 267 ze zm.

¹⁶ SA 820/81, ONSA z 1981 r., z. 1, poz. 57, LEX nr 9626.

¹⁷ II OSK 1022/13, LEX nr 1592108.

aksjologicznej¹⁸. Pojęcie to ma także charakter normatywny i uniwersalny, stanowiąc dla organów administracji publicznej kategorię nadrzędną, wyznaczającą podstawowy cel oraz legalny zakres ich działania. Nie może być ono jednak utożsamiane z interesem samej administracji¹⁹. Jak podkreśla P.J. Suwaj, w orzecznictwie sądowym kategoria interesu publicznego ma głównie charakter funkcjonalny, porównywalny z „dobrem publicznym”, „interesem zbiorowości” lub „interesem ogólnym”. W przywołanym przez nią orzeczeniu z dnia 18 listopada 1993 r., NSA stwierdził, że: „(...) w każdym przypadku działający organ ma obowiązek wskazać, o jaki interes ogólny (publiczny) chodzi i udowodnić, iż jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień indywidualnych obywateli (...)”²⁰. Wzajemne relacje obu tych interesów zależą zatem od przyjętych kryteriów aksjologicznych, które pozwalają traktować je jako równoważne, obojętne albo sprzeczne. W tym ostatnim przypadku konflikt interesów sprowadza się do braku możliwości równoczesnej ich realizacji²¹.

Oprócz naczelnych zasad postępowania administracyjnego, zawartych w przepisach k.p.a., istotne znaczenie w procesie wydawania konkretnych rozstrzygnięć administracyjnych ma także uniwersalna reguła proporcjonalności. Dopuszcza ona ustanawianie ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw tylko wówczas, gdy mają one charakter ustawowy i są uzasadnione koniecznością ochrony wartości najważniejszych dla funkcjonowania państwa²². Organy administracji publicznej mogą więc podejmować tylko takie działania, które są niezbędne do osiągnięcia ustawowo wyznaczonych celów. W prawie unijnym zasada proporcjonalności określona jest m.in. w treści art. 3b Traktatu z Lizbony²³. W odniesieniu do zakresu i form działania Unii Europejskiej zabrania ona wykroczenia poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia celów traktatowych.

Spośród wielu instrumentów pozwalających na ocenę zasadności stosowania wobec cudzoziemców środków detencyjnych, przydatny może okazać się model stosowania prawa wprowadzony przez J. Wróblewskiego²⁴. Zakłada on bowiem cztery etapy, w ramach których dokonuje się kolejno: wykładni konkretnego przepisu (w tym także określenia właściwości organu i ewentualnie ustalenia znaczenia pojęć nieostrych), następnie obiektywnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, subsumcji i ostatecznie dyskrecyjnego rozstrzygnięcia, o ile dany przepis w ogóle uznaniowość organu dopuszcza²⁵. Model ten ma zastosowanie nie tylko na etapie postępowania są-

¹⁸ J. Zimmermann, *Przepisy ogólne prawa administracyjnego i definiowanie pojęć*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2009, zeszyt 2, s. 172–173.

¹⁹ J. Boć, *Prawo administracyjne*, Wrocław 2004, s. 24.

²⁰ P.J. Suwaj, *Konflikt interesów w administracji publicznej*, Warszawa 2009, s. 30 i 34.

²¹ *Ibidem*, s. 39.

²² Jak w art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

²³ Traktat z dnia 17 grudnia 2007 r. zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz.U.UE. C 306.1 z 17.12.2007 r.).

²⁴ Jerzy Wróblewski (1926–1990), profesor nauk prawnych, teoretyk prawa, nauczyciel akademicki, w latach 1981–1984 rektor Uniwersytetu Łódzkiego.

²⁵ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972, *passim*.

dowego. Jego uniwersalny charakter pozwala na wykorzystywanie go także w administracyjnym toku instancji.

Najważniejsze akty prawa międzynarodowego zawierające regulacje dotyczące zasad, warunków i ograniczeń w stosowaniu detencji wobec cudzoziemców zostały szczegółowo opisane w cytowanym już raporcie FIPP²⁶. Wnioski płynące z analizy tych aktów sprowadzają się do kilku podstawowych dyrektyw, którymi powinny kierować się sądy i organy administracji wykonujące ustawowe zadania w tym obszarze. Do najważniejszych z nich należy bez wątpienia zakaz samowolnego (arbitralnego) zatrzymania lub umieszczenia w ośrodku detencyjnym, w tym także bez podstawy prawnej wynikającej wprost z norm prawa krajowego. Stosowanie detencji dopuszczalne jest wyłącznie na podstawie orzeczeń sądów, przy zachowaniu kontroli sądowej wszystkich przypadków zatrzymywania osób²⁷. Detencja powinna być też traktowana jako środek ostateczny, wobec braku możliwości stosowania środków alternatywnych i jedynie przez okres uzasadniony konkretnymi okolicznościami danej sprawy, przy zachowaniu należytej staranności organu prowadzącego postępowanie. Stosowanie tych środków wymaga także dokonywania indywidualnej oceny przesłanek, co powinno skutkować wskazaniem zindywidualizowanego powodu ich stosowania. Jeżeli środki te realizowane są wobec osób podlegających ekspulsji, organy prowadzące postępowanie mają obowiązek określania realnych, czyli przewidywalnych perspektyw wydalenia. Cudzoziemcom poddanym detencji należy zapewnić możliwość korzystania z wszystkich przysługujących im gwarancji proceduralnych, włącznie z prawem do informacji, wniesienia środków odwoławczych oraz bezpłatnej pomocy prawnej. Znaczna część omawianych regulacji dotyczy także warunków realizacji samej detencji, które powinny być adekwatne do statusu osób jej poddanych. Podkreśla się także konieczność zapewnienia niezależnego monitoringu i kontroli detencji ze strony organów administracji, organizacji pozarządowych i sądów penitencjarnych.

3. Przesłanki stosowania środków detencyjnych

Z wyjątkową ostrożnością należy rozważać możliwość stosowania detencji wobec osób o szczególnych potrzebach, w tym niepełnosprawnych, chorych, kobiet w ciąży i małoletnich. W stosunku do tej kategorii osób, zwłaszcza wobec małoletnich, środki detencyjne powinny być stosowane nie tylko w szczególnie uzasadnionych wypadkach, ale też na podstawie przepisów precyzyjnie definiujących przesłanki ich stosowania²⁸.

²⁶ Chodzi m.in. o Powszechną Deklarację Praw Człowieka, Konwencję Genewską, Międzynarodowy Pakt Praw Politycznych i Obywatelskich, Europejską Konwencję Praw Człowieka, Kartę Praw Podstawowych UE oraz dyrektywy unijne: powrotową (2008/115/WE), recepcyjną (2003/9/WE) oraz proceduralną (2005/85/WE). Istotne zalecenia zawiera również Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 28 stycznia 2010 nr 1707. Zasady stosowania detencji omawia także wydany przez Radę Europy *Podręcznik europejskiego prawa dotyczącego azylu, granic i imigracji. Edycja IV*, http://fra.europa.eu/sites/default/files/handbook-law-asylum-migration-borders-2nded_pl.pdf, grudzień 2016.

²⁷ Mam tu na myśli zatrzymanie cudzoziemca na podstawie art. 394 ust. 1 uCudz. lub art. 87 ust. 1 i 2 uCudzO.

²⁸ Wyjątkowo złożony problem dopuszczalności umieszczania małoletnich w ośrodkach detencyjnych nie pozwala na podjęcie go w treści tego artykułu, zwłaszcza że dotyczy on różnych kategorii małoletnich,

Katalog przytoczonych powyżej reguł nie jest oczywiście kompletny. Wyczerpująca ich charakterystyka, podobnie jak analiza regulacji dotyczących warunków pobytu w ośrodkach detencyjnych, wykracza poza tematykę tego artykułu.

Przesłanki stosowania środków detencyjnych, zawarte zarówno w ustawie o cudzoziemcach, jak też w ustawie o udzielaniu cudzoziemcom ochrony, można usystematyzować według wielu różnych kryteriów dotyczących np. trybu ich stosowania (obligatoryjny albo fakultatywny), pozytywnego lub negatywnego charakteru tych przesłanek, czy też relacji wobec decyzji kończących postępowanie (istniejących przed lub po wydaniu takiej decyzji).

W ustawie o cudzoziemcach przesłanki stosowania środków detencyjnych najczęściej powiązane są z przesłankami wydania decyzji powrotowej (art. 302 ust. 1). Poza wyjątkami określonymi w ustawie mają one charakter obligatoryjny, choć w niektórych przypadkach wymagają wyjaśnienia pojęć nieostrych i klauzul generalnych²⁹. Niektóre z nich są także powiązane z przesłankami warunkującymi niezwłoczne wykonanie decyzji powrotowych (art. 315 ust. 2). Także i te przesłanki wymagają każdorazowo właściwej interpretacji w odniesieniu do ustalonych w sprawie okoliczności faktycznych. Pozostałe przesłanki umieszczenia cudzoziemca w ośrodku detencyjnym dotyczą przypadków nieopuszczenia terytorium kraju w terminie określonym w decyzji powrotowej (jeśli jej natychmiastowe wykonanie nie jest możliwe), lub niewywiązywania się z obowiązków określonych w postanowieniu o zastosowaniu środków alternatywnych do detencji.

Przesłanki zastosowania środków detencyjnych określone przepisami uCudZO są tożsame z przesłankami uzasadniającymi zatrzymanie cudzoziemca aplikującego o udzielenie ochrony międzynarodowej (art. 87 ust. 1), jeżeli niemożliwe było zastosowanie środków alternatywnych, o których mowa w art. 88 ust. 1 tej ustawy.

Charakter zawartych w obu ustawach przesłanek wymaga w tym miejscu szerszego komentarza, szczególnie w odniesieniu do niektórych aspektów postępowania dowodowego. Jak bowiem starałam się wcześniej wykazać, podjęcie jakiejkolwiek decyzji o charakterze dyskrecjonalnym nie może się opierać na subiektywnej ocenie organu, niepopartej argumentami natury dowodowej.

Jednym z pierwszych problemów, z jakimi mogą zetknąć się organy realizujące ustawowe zadania w omawianym tu obszarze, może być identyfikacja konkretnego cudzoziemca, zwłaszcza nieposiadającego dokumentów podróży lub innych dokumentów stwierdzających tożsamość. Obejmuje ona zarówno ustalenie (potwierdzenie), danych osobowych cudzoziemca, jak też określenie jego obywatelstwa i kraju pochodzenia. Wynik tych ustaleń w istotny sposób determinuje dalszy tryb postępowania prowadzonego wobec cudzoziemca, zwłaszcza jeśli postępowanie to ma charakter azylowy. W ramach procedury identyfikacyjnej mogą być wykorzystywane informacje zawarte w różnych bazach danych (np. SIS, VIS, EURODAC, POBYT), telefoniczne wywiady z ekspertami, analizy językowe oraz tzw. testy wiedzy. Podejmowane są również działania w ramach

w tym pozostających bez opieki lub aplikujących o przyznanie ochrony międzynarodowej. Nie ulega jednak najmniejszej wątpliwości, że bez względu na przyjęte kryteria, najważniejszym z nich jest szeroko rozumiane dobro każdego małoletniego cudzoziemca.

²⁹ Zob. np. art. 302 ust. 1 pkt 9 uCudz.

współpracy z krajami trzecimi oraz ekspertami z krajów pochodzenia identyfikowanych cudzoziemców³⁰.

Pomijając ostateczny wynik procesu identyfikacji wypada zauważyć, że na tym etapie postępowania trudno jeszcze określać status takiego cudzoziemca mianem „uchodźcy”, czy „azylanta”³¹. Z czysto prawnego punktu widzenia status taki cudzoziemiec otrzymuje bowiem dopiero w wyniku decyzji administracyjnej wydanej przez uprawniony organ³². Do czasu wydania takiej decyzji (zwłaszcza wobec cudzoziemców o nieustalonej tożsamości), organy prowadzące postępowanie muszą uwzględniać możliwość wystąpienia przesłanek uzasadniających odmowę przyznania takiego statusu, a w niektórych wypadkach zastosowania środków surowszych niż detencja administracyjna (np. wobec cudzoziemców poszukiwanych w związku z popełnieniem przestępstwa). Nie oznacza to oczywiście, że stosowanie detencji jest uzasadnione w całym okresie trwania procedury azylowej.

Proces decyzyjny związany ze stosowaniem tych środków powinien mieć charakter elastyczny i dynamiczny zarazem, oparty o wyniki dokonywanych na bieżąco ustaleń. W pierwszej kolejności powinien on uwzględniać konieczność ochrony najważniejszych interesów państwa. W tym bowiem przypadku uniwersalny charakter wartości takich jak wolność i bezpieczeństwo polega na tym, że w równym stopniu przysługują one zarówno cudzoziemcom aplikującym o udzielenie ochrony międzynarodowej, jak też obywatelom państwa przyjmującego.

Przy ocenie przesłanek dotyczących względów obronności lub bezpieczeństwa państwa lub konieczności ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego należy mieć na względzie fakt, iż w prawie krajowym są to dobra chronione przepisami Kodeksu karnego³³ oraz przepisami karnymi innych ustaw. Niektóre zachowania godzące w te dobra mogą mieć także charakter wykroczeń, zwłaszcza tych o charakterze chuligańskim. Pomijając przestępstwa nacechowane znacznym stopniem społecznej szkodliwości, w tym głównie zbrodni, ocena potencjalnego zagrożenia, jakie może stwarzać sprawca, powinna uwzględniać szereg elementów, w tym także ustawowe znamiona czynu i motyw jego popełnienia³⁴. Należy również brać pod uwagę prawdopodobieństwo powrotu do przestępstwa, np. wobec sprawcy będącego recydywistą. Szczególnie wnikliwie należy analizować informacje dotyczące możliwości popełnienia przestępstwa w przyszłości, także przez osobę wcześniej nie karaną.

³⁰ Więcej na temat metod ustalania tożsamości cudzoziemców w raporcie Krajowego Punktu Kontaktowego Europejskiej Sieci Migracyjnej w Polsce, *Ustalanie tożsamości cudzoziemców w celu udzielenia ochrony międzynarodowej. Analiza wyzwań i potrzeb. Wkład krajowy Polski*, link do raportu: <https://emn.gov.pl/esm/publikacje/nasze-publikacje/tematyczne-studia-bada>, grudzień 2016.

³¹ W prawie europejskim istnieje wyraźna granica pomiędzy zakresami znaczeniowymi pojęć „uchodźca” i „imigrant” oraz „imigracja przymusowa” i „imigracja dobrowolna”. Więcej na ten temat w: I. Wróbel, *Wspólnotowe prawo imigracyjne*, Warszawa 2008, s. 13, *passim*.

³² W przypadku statusu uchodźcy i azylu decyzję taką wydaje Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców (art. 23 pkt 1 i art. 94 ust. 1 uCudZO).

³³ Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553 ze zm.

³⁴ Znaczenie może mieć np. umyślność bądź nieumyślność działania sprawcy, sposób jego działania określony stroną przedmiotową czynu, jak również skutek popełnionego przestępstwa.

Źródła informacji, z których korzystają organy ścigania, są bardzo zróżnicowane. Często zawiera się w nich również wynik prowadzonych czynności operacyjno-rozpoznawczych. Istotne jest zatem, aby każda informacja wskazująca na istnienie określonego zagrożenia, była niezwłocznie i wnikliwie weryfikowana oraz we właściwy sposób udokumentowana. Służą temu zarówno wspomniane już bazy danych, jak też krajowe i międzynarodowe systemy wymiany informacji.

Postępowania prowadzone w sprawach cudzoziemców w znacznej mierze dotyczą także tych, którzy na terytorium Polski znaleźli się nielegalnie. Istotny jest jednak nie tyle sam fakt bezprawnego przekroczenia granicy państwowej, ile motywy towarzyszące takiemu działaniu. Bez względu na to, czy cudzoziemiec dopuścił się przestępstwa z art. 264 § 2 Kodeksu karnego, czy też tylko wykroczenia z art. 49a § 1 Kodeksu wykroczeń³⁵, karalność tych czynów może zależeć między innymi od tego, czy ich popełnienie pozostawało w bezpośrednim związku z koniecznością poszukiwania ochrony międzynarodowej. W takim bowiem przypadku postępowanie karne powinno zostać umorzone³⁶.

Przesłanka określana jako „prawdopodobieństwo ucieczki”, oprócz przypadków wymienionych w obu omawianych ustawach³⁷, może być także oparta o udokumentowane informacje pochodzące z różnych źródeł, w tym od samego cudzoziemca, innych osób będących z nim w kontakcie, czy też funkcjonariuszy wykonujących wobec niego czynności służbowe. Może ona wynikać również z okoliczności towarzyszących zatrzymaniu lub legitymowaniu (np. próba ucieczki podjęta w trakcie wykonywania tych czynności). Prawdopodobieństwo ucieczki (ukrycia się) można także oceniać w odniesieniu do zachowań cudzoziemca zmierzających do ukrycia własnej tożsamości. Nie bez znaczenia dla oceny tego prawdopodobieństwa (także w kontekście innych zagrożeń) mogą być dokumenty i inne przedmioty posiadane przez cudzoziemca, mogące w wielu wypadkach stanowić dowód w prowadzonym w jego sprawie postępowaniu.

Niezwykle istotną funkcję w postępowaniach prowadzonych na podstawie przepisów obu ustaw stanowi przesłuchanie cudzoziemca. Prawidłowo przeprowadzone przesłuchanie może bowiem dostarczyć szeregu cennych informacji możliwych do wykorzystania zarówno w interesie cudzoziemca, jak też działających na jego niekorzyść³⁸. Informacje uzyskane tą drogą powinny być jednak wnikliwie analizowane i weryfikowane. Przesłuchujący powinni być merytorycznie i praktycznie przygotowani do wykonywania tego typu czynności. W toku przesłuchania popełniane bowiem bywają błędy ważące często na ostatecznym wyniku całej procedury³⁹.

³⁵ Tekst jedn. Dz.U. 2015 poz. 1094 ze zm.

³⁶ Podstawą umorzenia postępowania karnego może być w tym wypadku np. stwierdzenie zaistnienia kontratypu stanu wyższej konieczności, albo ustalenie, że społeczna szkodliwość czynu jest znikoma.

³⁷ Chodzi o przesłanki określone w art. 87 ust. 2 uCudzO i art. 315 ust. 3 uCudz.

³⁸ W toku przesłuchania cudzoziemca mogą być ujawniane zarówno okoliczności uzasadniające wydanie korzystnych dla niego rozstrzygnięć, jak też nierzadko wypowiedzi nieszczerze, mające np. na celu ukrycie faktycznych powodów imigracji uzasadniających odmowę przyznania statusu uchodźcy.

³⁹ Zob. raport M. Tobiasz (HFPC), *Przesłuchiwanie cudzoziemców w trakcie postępowania administracyjnego*, <http://www.hfhr.pl/przesluchiwanie-cudzoziemcow-w-ramach-postepowania-administracyjnego-wyniki-projektu-badawczego/>, grudzień 2016.

Podane wyżej przykłady działań ukierunkowanych na weryfikację materiałów gromadzonych w toku procedur azylowych i innych postępowań prowadzonych wobec cudzoziemców nie wyczerpują rzecz jasna całej złożoności podnoszonych w tym obszarze problemów. Organ prowadzący postępowanie z należytą starannością, obejmującą także przestrzeganie wszystkich obowiązujących norm prawnych, może bowiem napotkać okoliczności nieuregulowane w żadnym akcie prawnym. Rozstrzygając wówczas co do istoty sprawy powinien on mieć na względzie nie tylko zakres przyznanej mu władzy dyskrecjonalnej, ale także wynik uprzednio przeprowadzonych czynności dowodowych.

4. Zakończenie

Reasumując, wypada stwierdzić, że tytułowe granice konfliktu interesów nie przebiegają wzdłuż jednej wyraźnie oznaczonej linii. Pomimo różnych skutków imigracji, konflikt interesów pomiędzy demokratycznym państwem prawnym a uchodźcami poszukującymi ochrony na jego terytorium, nigdy nie powinien zaistnieć. Problemem może być jedynie właściwa identyfikacja motywów imigracji, albowiem to właśnie wynik tej identyfikacji w zasadniczy sposób determinuje dalszy tryb postępowania organów.

W granicach suwerenności każdego państwa europejskiego nadal mieści się prawo do decydowania o dopuszczeniu na swoje terytorium cudzoziemców państw trzecich, niespełniających kryteriów azylowych.

Stosowanie detencji nie powinno być zatem kojarzone z instrumentami polityki azylowej. Istniejące w tym obszarze ograniczenia prawne nie dotyczą bowiem cudzoziemców przedmiotowo wykorzystujących instytucje ochrony międzynarodowej, a zwłaszcza tych, którzy zagrażają najważniejszym interesom państwa. W takich bowiem przypadkach detencja administracyjna może okazać się najłagodniejszą z form dopuszczalnego prawnie przymusu państwowego.

* * *

Detention of Foreigners in Poland - Limits of Conflict of Interest

The article concerns the discretionary powers of public administration in the field of detention applied to foreigners residing on Polish territory. It is a polemical voice in the discussions held on the premises and the scope of detention, especially in the context of contemporary threats related to massive immigration.

Synthetic characteristics of administrative discretion and its associated institutions author presents on the process of applying the law, in which there is no place for a completely free interpretation of its norms. In this context, the author also assesses the validity applied to the detention of foreigners proving that it does not belong to the instruments carried by the state asylum policy.

Key words: discretionary power, detention, foreigner, immigration, asylum, territory, isolation, refugee, decision, identity, security, public order, human rights,

illegal, database, border guard, crime, public administration, elopement, authorize, protection, constraint, border security, verification, liberty, travel document, expulsion, legal service, international law, public interest, common asylum